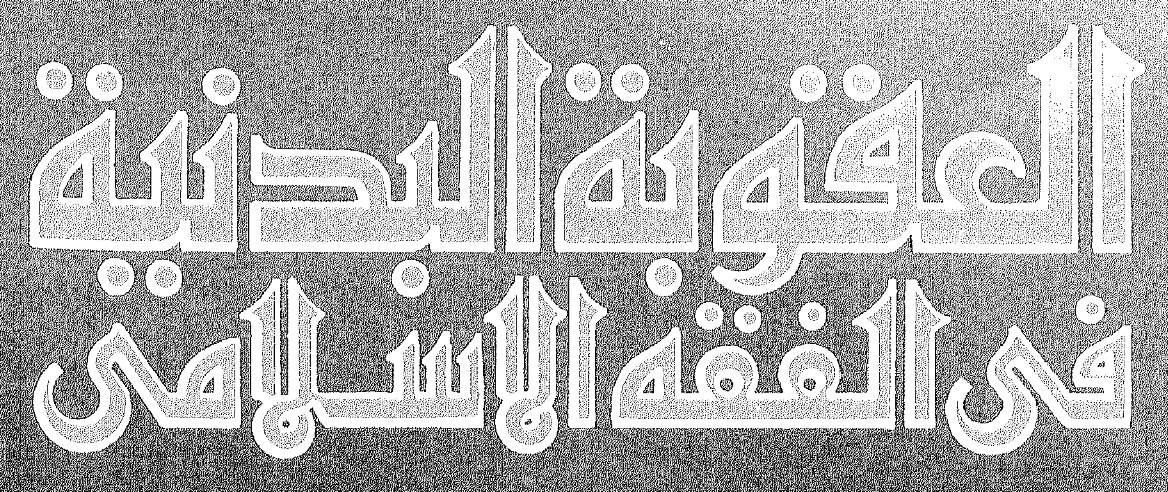


دستوريتها وعلاقتها بالدفاع الشرعى



د . الحسينى سليمان جاد

دار الشروق



العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي

دستوريتها وعلاقتها بالدفاع الشرعي

الطبعة الأولى
١٤١١ هـ - ١٩٩١ م

القاهرة : ١٦ شارع جواد حسني - هاتف : ٣٩٣٤٥٧٨ - ٣٩٣٤٨١٤
برقيا : شروق - تلكس : 93091 SHROK UN
بيروت : ص . ب : ٨٠٦٤ - هاتف : ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٧٦٥ - ٨١٧٢١٣
برقيا : داشروق - تلكس SHOROK 20175 LE

د . الحسينى سليمان جاد



دستوريتها وعلاقتها بالدفاع الشرعى

دار الشروق



بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلي روح والدي في رحاب ربه الطاهرة مجموعة خواطر كتبتها لمسة وفاء - وحق واجب الأداء عسى ربي أن يجعلها في موقع أداء الدين عند الأداء - له ولغيره من المسلمين ،،،

الحسيني جاد



بسم الله الرحمن الرحيم

١ ـ قال الله تعالى : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » .
(المؤمنون آية : ٧١)

٢ ـ إن مصر إذا أرادت أن تصنع لنفسها ولأهل العروبة قانوناً يضارع أحدث قوانين العالم ـ بل يسمو عليها ـ كان لزاماً عليها أن تتجه إلى ثروتها التشريعية وتراثها المجيد المتمثل فى الشريعة الإسلامية .

(عبد الرازق باشا السنهورى فى مذكرة لجنة تعديل القانون المدنى)

٣ ـ إن الدين ليس مجرد صلاة وصوم وحج وزكاة إنما هو أيضا قانون البلاد . وإقامة الدين لا تعنى الصلاة فقط بل تعنى إقامة قانون الله وشرعه .



تمهيد

كلمات هذا المقال المحدود لا يدفعني إليها حماس ديني مفروض على كل مسلم . وإنما هي دفاع أو على الأقل بيان لمنهج علمي واضح المعالم في سياسة التجريم والعقاب . بني على أسانيد علمية وعملية وعقلية متناسقة لا تعارض فيها . ضاربة جذورها في الأعماق لعلاج النفوس وصلاح أحوال الدنيا كلها من شرقها إلى غربها والدين معها بعيدة عن التخمينات والغيبيات .

ولسوف نرى ـ إن شاء الله تعالى ـ قدرة المنهج الإسلامي في مجال السياسة الجنائية على تحقيق العدل والمصلحة للبشر جميعاً بطريقة أوفى وأقدر على غيره من المناهج .

والبحث الذي بين يدي القارئ وإن كان في جانب محدود من جوانب الشريعة الرحبة ـ العقوبات البدنية ـ وكنت آمل أن أقدم دراسة أوفى وأكمل تعالج بتحليل علمي مايتعلق بالجريمة والعقوبة إلا أنه بان لي واضحاً أن العجلة في هذا المقام لاتحمد .

هذا فضلاً عن إحساس بالخوف والعجز معاً يزداد كلما أوغلت في البحث . لأن ابراز مثل هذه الأمور للكافة وخاصة الصفوة من المثقفين وإن كان أمنية تراودني إلا أنه أمانة . وطبيعة الأمانة تحتم الأناة في البحث والتريث في الكتابة حتى تخرج الفكرة من الفقه الإسلامي إلى جانب الفكرة المماثلة في القانون الوضعي منطبقاً عليها قول الأعراب ـ والضد يظهر حسنه الضد .

وفكرة الكتابة في مثل هذه الأمور بهذا الأسلوب تبدو في حقيقتها شائكة لأسباب كثيرة ومتعددة بعضها شخصي محلي . والآخر عكس ذلك . لكن المؤكد أن الفكر التشريعي الإسلامي من منظور الخريطة التاريخية . قد شكل قواعد حضارية للأمة الإسلامية على اختلاف متعدد في البيئة والعادات والتقاليد وصهر في بوتقته مساحة كبيرة

من الميدان الفكرى المتقدم برصد نتائجها من منظور موضوعى محايد . وهو باستقلاليته جعل الأمة الإسلامية تسبق إلى الموكب الحضارى المتقدم فى شتى نواحيه غيرها من الأمم التى تزامنت معها فى الوجود وسبقتها فى الأخذ بأسباب العلم .

وهذه الدعوى ثابتة الوقائع قائمة الأدلة ولا ضير ولا فزع من كل دعوة إلى بناء نهضة فى العالم الإسلامى على أصول فكرية إسلامية نظيفة الوجه واليد واللسان ـ ولا جناح من حوار بنّاء ـ مع الأفكار والأنظمة العلمانية الليبرالية واليسارية ـ قال تعالى : « وإنا أو إياكم لعلى هدى أو فى ضلال مبين » .

والعقوبات البدنية فى الفقه الإسلامى ليست إرهاباً أو فعلاً وثيق الصلة باللاأخلاقيات . أو إحدى صور السلوك غير المتحضر. أو قناة من قنوات التهديد والعنف .. بل هى الأخلاق كلها والرحمة كلها والحق كله .

ذلك أن المصالح معتبرة فى الأحكام أوكما يقول الأصوليون « الأحكام وهى مناشئ الحقوق مبنية على مصالح العباد ـ ومن ثم فاستعمال الحق لمجرد قصد الاضرار أو دون مصلحة تعود على صاحبه أو الجماعة أو اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة بالتحايل على قواعد الشريعة الغراء .... الخ .

فكل هذه الصور وماشاكلها تعسف محرم فى الشرع منهى عنه يصطدم بمبدأ المصلحة التى شرع من أجلها الحق . ولذلك نجد فى القرآن الكريم نهياً قاطعاً عن التصرف فى المال المملوك إذا ترتب عليه ضرر بالورثة قال تعالى فى سورة النساء : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله » .

وليس ذلك فى مجال المال فقط . بل هى نظرة شمولية فقهية إسلامية مضمونها وجوهرها « النهى عن استعمال الحق مطلق الحق بقصد الاضرار » ويحضرنى فى هذا المقام قضاء رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ على سمرة بن جندب بقلع نخلته من بستان الأنصارى حيث أصر على الإضرار بالأخير مبيناً عدم رضاه بالحلول التى عرضها سيدنا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ توفيقاً بين الحقين مما يشير إلى قصد الإضرار .

وقد علل الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ حكمه بالضرر بقوله : « إنما أنت مضار » وليس هذا تدخلاً يعنى الافتئات على حق الأفراد ظلماً وإنما يعنى ترجيح المصالح وإلا لزم أن يبقى التعارض قائماً والمصلحة العامة مهدرة ولم يقل أحد بذلك . وعلى نفس الفلسفة كان المنهج التشريعى الإسلامى فى مجال العقوبات عموماً رعاية كاملة لحق الفرد . ونفس الرعاية وبنفس القدر والقوة لمصلحة الجماعة مع التوازن التام بينهما وهكذا

فلسفة الفقه الإسلامى . ومالايتم الواجب إلا به فهو واجب[1] .

والدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى يعنى رد بقوة لازمة مناسبة لاعتداء غير مشروع مما ينجم عنه وبالضرورة عقوبة بدنية تنزل بمن أحدث الاعتداء على الغير حتى ولو انحصر نشاطه فى القول دون الفعل مثل جريمة القذف . أو فى الشروع بالعدوان على حقوق الناس دون التنفيذ .

يقول الماوردى فى معرض حديثه عن التفسير بسرقة مالايجب فيه القطع « فإذا جمع المال فى الحرز واسترجع منه قبل اخراجه ضرب أربعين سوطاً . وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب ثلاثين سوطاً . وإذا نقب الحرز ولم يدخل ضرب عشرين سوطاً . وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب عشرة أسواط[2] ولعل ما أورده الماوردى منسوباً إلى عبد الله الزبيرى أكثر وضوحاً منه فى هذا المقام عندما قال : « وكان الزبيرى يرى وجوب تعزير من يوجد بجوار منزل ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب وثبت قصده للسرقة . كما قرر وجوب تعزير من يوجد مترصداً بجوار محل ليسرقه ويترصد لذلك غفوة الحارس »[3] .

ونظراً لتعدد صور الاعتداء على الغير إلى مالايمكن حصره حتى ولو كان بالسلب .

فإن الفقه الإسلامى وازن بين النشاط الذى يكوّن العنصر المادى للاعتداء وبين العقوبة . فإن كان صلاح الناس فى فرض عقوبات بدنية وجب العمل بها . لأن واجب ولى الأمر أن يراعى الأصلح عفواً وتعزيراً دفاعاً شرعياً عن الناس حتى ولو احتاجت هذه المصلحة انزال عقوبة الصلب بالمعتدى تعزيراً شريطة أن لايمنع إذا صلب من طعام وشراب ولايتجاوز ثلاثة أيام[4] .

والعقوبة البدُنية تعزيراً مع شقيقتها حداً أو قصاصاً لم تشرع تحكماً فى الناس أو قيداً على حرياتهم أو غلاً لأيديهم وأعناقهم . وإنما شرعت زواجر وضعها الله تعالى عن ارتكاب ماحُظر وترك ما أمر به حتى تكون المصلحة أعم والتكليف أوفى وأتم ولامحل لنظرة عدم الفائدة من العقاب هنا . حيث تتلاشى ظلال الضرورة فى الفعل المادى

(١) إذ لا معنى لحرمة دم المسلم وماله وعرضه .. إلخ على أخيه المسلم أو غيره مثلاً إلا إلزامه بعدم التعرض لأى منها لأنه ينطوى على اعتداء صارخ على حق الغير فى حياته أو ماله أو عرضه .. إلخ . مما يبرز وجود الحق فى تنفيذ عقوبة عامة أساسها رعاية كل الحقوق رادعة زاجرة يستوى فيها جميع طبقات المجتمع دون تمييز .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٣٧ .

(٣) المصدر السابق ص ٢٣٦ وما بعدها .

(٤) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٨٣ تعليق محمد حامد الفقى .

المكون للاعتداء على حقوق الناس . وبالتالى تبرز أهمية هذه الزواجر البدنية فى حياة البشر ـ قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « لا ضرر ولا ضرار »(٥) .

وهنا يتجلى ويسفر وجه الدفاع الشرعى ليصحح توازن المسيرة فى المجتمع المسلم سواء أكان دفاعاً شرعياً خاصاً أو دفاعاً شرعياً عاماً تولت سلطة الدولة المسلمة القيام به فى صورة عقوبة هى فى جوهرها دفاعاً شرعياً ورد فعل مناسب للنشاط الصادر من المعتدى قولاً أو فعلاً أو امتناعاً مادام ذلك النشاط إرادياً خرج إلى حيز التنفيذ دون النوايا الداخلية ذلك أن أشد النوايا سوادًا فى وجهها كأشدها نقاء كلاهما عاجز عن أن يفرض حكماً بالمسئولية القانونية . فى الفقه الإسلامى حين يكون مفرداً غير مصحوب بعناصر مادية تدخله فى عالم الواقع .

والعقوبة البدنية فى الفقه الإسلامى علاقتها وثيقة بالعدالة . فكلما كان فعل الاعتداء على الغير فيه قوة سافرة وجرأة فى غير موضعها . كلما كانت العقوبة البدنية ملائمة لهذا الفجور والسفور حتى لاينخلع وصف الدفاع الشرعى عن المجتمع إلى غير ما أريد له . فالحرابة وهى الخروج على سلطان القانون الإسلامى بقوة السلاح غير المماطل فى أداء الدَّين الذى عليه للغير وإن كان الأمران فيهما اعتداء . ومن العدل أن يعاقب الشر بمثله حفظاً للنظام العام وصيانة للمجتمع . وهذا هدف مطلوب فى الفقه الإسلامى لدرجة جعلت مفكراً كبيراً كالإمام ابن حزم يقرر عقوبة بدنية مناسبة للذى يهمل فى حبس ما يملكه من حيوان أو حفظه عندما ينتج عن هذا الاهمال من جانب المالك تلف حقول الجيران . وقد فلسف هذه العقوبة كما يبين من قوله ـ على أنها عقوبة ذات طابع أخلاقى قصد بها حماية المجتمع المسلم من الوقوع فى براثن الفوضى حيث أن العقاب البدنى فى هذه الحالة أجدى من غيره لأنه يمنع عودة الأحداث المسببة للضرر وفى ذلك حفظ للنظام العام فى المجتمع الإسلامى وهو فى ذلك يقول « والقول عندنا فى هذا أن الحيوان أى حيوان كان إذا أضر فى إفساد الزرع أو الثمار فإن صاحبه يؤدب بالسوط ويسجن إن أهمله . فإن تفقه فقد أدى ما عليه وإن عاد إلى الإهمال بيع عليه ولابد أو ذبح وبيع لحمه . أى ذلك كان أعود عليه أنفذ عليه ذلك(٦) .

والعقوبة البدنية عند الإمام ابن حزم فى هذا الموضع لاتنفذ إلا عند ثبوت الاهمال المتعمد من مالك الحيوان . أما عندما يتعذر على أهل الماشية منع ماشيتهم أثناء مرورها

---

(٥) هذا حديث نبوى كريم فى رتبة الحسن أخرجه مالك فى الموطأ والحاكم فى المستدرك والدارقطنى عن حديث أبى سعيد الخدرى وابن ماجة من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت رضى الله عنهم أجمعين .

(٦) المحلى ج ١١ ص ٦ رقم ٢١٠٦ جنايات الحيوان والراكب والسائس والقائد .

وهى فى طريقها إلى مكان الرعى بين زرع الناس وثمارهم . فإن أهل الزرع والثمار يتكلفون بحماية زرعهم وثمارهم . ولا يظنن ظان بأن العقاب البدنى هو القناة الوحيدة التى بها يعيد الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى مايتعلق بحفظ النظام العام فى المجتمع بل إنها واحدة من قنوات كثيرة متعددة مناطها صيانة حقوق الناس . غير أن العقوبة البدنية إذا وضعها أولى الأمر فى الدولة الإسلامية من منظور الأصلح للناس فى موضعها فإن الهدف عندئذ يكون توفير أقصى النفع عند اتخاذ إجراءات التأديب والحماية بعيداً عن روح الانتقام وتأكيداً لحقوق المصلحة العامة وتمشياً باطراد مع ضرر الخطيئة فكلما اشتد الضرر قست العقوبة .

ويجب أن لايغفلن أحد أن الفكر الجنائى الإسلامى لايقيم بناءه على العقوبة أصلاً بل على الوقاية من الأسباب الدافعة إلى الجريمة وتهذيب النفوس وتطهير الضمائر وعلى الحساسية التى يثيرها فى القلوب فتتحرج من الإقدام على جريمة تقطع مابين فاعلها وبين الجماعة الإسلامية من وشيجة ولا يعاقب إلا من خرجت أنفسهم من هذا الاطار . كما وانى أرجو القارئ فى أن يكون على بصيرة من أن الأصل فى العقوبات البدنية فى الفقه الإسلامى إنما جعلت لتُنفذ عندما يكون نظام الدولة قائما على أصول الإسلام . وتكون حياة الناس مدنيا واجتماعياً وسياسياً من باب أولى على ماوضع الإسلام من أسس ومناهج والعلة فى ذلك أن منهج الإسلام كلي لايقبل التجزئة . فمثلاً عقوبة الجلد أو الرجم أو القطع وهى من العقوبات التى يُكَاد للإسلام باسمها من بعض الجهلة أو الخائنين أو المأجورين هذه العقوبات علاقتها وثيقة بقواعد الإسلام الاجتماعية المتمثلة فى الحجاب الشرعى والنكاح والطلاق وقواعد تنظيم العلاقات الجنسية المشروعة ـ بمعنى أنه لامحل لإقامة حد الرجم أو الجلد على رجل أو امرأة فى مجتمع قوانينه لاتجرّم العرى وروايات الجنس الفاضحة وزرع الخلايا السرطانية المتمثلة فى الملاهى المثيرة لبعثرة طاقة الجنس ووضعها فى غير موضعها المشروع . مجتمع قامت فيه أسباب اثارة العواطف الجنسية المرذولة فى كل مكان ووجدت التسهيلات العديدة التى بنى عليها هدر الطاقة الجنسية دون رابطة زوجية لدرجة أن المقاييس الخلقية بلغت من الدونية مبلغا لا يعتبر الناس معها العلاقات غير المشروعة بين الرجال والنساء أو بين كل فريق منهما عيباً أو أمراً مستقيماً مرذولاً وفى ذلك وصول بالناس إلى شطر فطرتهم التى فطرهم الله عليها وتمزيق اتزانهم ويكون من المتعذر فى مثل هذا الوضع على إنسان من النوع العادى (Normal Type) أن يبتعد عن السقوط فى أوحال الزنا بل إنه لايكفى لاقترافه الزنا فى مثل هذا الوضع أن نعتبره مجرماً خُلقياً من نوع غير عادى (Abnormal Type)

وهنا لو نفذت العقوبة فإن تنفيذها أمر يجافى حكمة الشرع . لأن الأصل فى العقوبة أنها دفاع شرعى عن المجتمع ولا محل لشرعيتها إلا فى مجتمع مسلم متكامل فى كل شىء حتى تجد العقوبة محلاً لها ولا محل لها حينئذ إلا إنسان فطرته ممسوخة لا كما يقول (Lomboroso) أستاذ الطب القانونى فى جامعة تورين الذى قدم دراسات عن الإنسان المجرم بأن مثل هذا الإنسان من مجرمى الانتربولوجيا (Anthropologigueas) سلوكه إجرامى حتمى ومسئوليته الأخلاقية منكرة ـ بل كما يقول ربنا سبحانه وتعالى فى سورة النور :

« الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » ومايقال عن الجلد والرجم يقال عن القطع أيضاً .

فإذا وجدت مجتمعاً تؤدى فيه زكاة الأموال إلى مستحقيها ومحيت منه المعاملات الربوية ووزعت العدالة على قاصيه ودانيه وأدى الحاكم ماعليه من واجبات وألزم المحكومين بشرع الله فى كل شىء بما فى ذلك نظريات الاقتصاد الإسلامى وغيرها ثم بعد ذلك رأيت يداً تمتد لتأخذ مال الغير خفية فأَبْلِغْ عنها لتقطع دفاعاً شرعياً عن الناس وتكون لك المثوبة من الله ـ والدال على الخير كفاعله كما يقولون . فإذا أضيف إلى ماسبق تشدد الفكر الإسلامى فى شروط إثبات جرائم العقوبة البدنية تشدداً لانظير له مع اسقاط الحدود عن المتهم فى أماكن معينة وإسقاط شهادة النساء بصفة عامة فى هذا الشأن ودرء الحدود بالشبهات والأخذ بعدول المتهم عن إقراره السابق وماقيل عن التقادم فى الجريمة التى توجب عقاباً بدنياً والتوبة وأثرها وتغيير وصف الجريمة بالنسبة لأحد الفاعلين والعقوبات جوابر .... إلخ .

ظهر وجه الفكر الإسلامى مشرقاً فى عقابه قوياً فى بنائه صلباً فى عوده لايأبه لقول قائل إن الشريعة الإسلامية ليست إلا شريعة قطع أو رجم أو جلد مقولة لو أدرك كنهها قائلها لتمنى على خالقه أن يخرس جارحة اللسان عنده أفضل من أن ينطق بقولها فى السر أو على ملأ من الناس .

بقى أن نعرف أن هذه السطور وراءها أن جامعة الزقازيق ممثلة فى كلية الحقوق (مركز الدراسات الدولية والقانونية) دعت إلى ندوة موضوعها (الظروف المؤثرة فى فاعلية حقوق الإنسان) دراسة منهجية فى الفترة من ١ ـ ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٦ فى فندق هيلتون رمسيس بالقاهرة . وفى الندوة تعالت أصواتٌ تقول صراحة وضمناً إن الشريعة الإسلامية ليست إلا شريعة قطع وجلد ورجم . فكان لزاماً علىَّ أن أكتب موضحاً

ومفنّداً ما يتعلق بهذه الدعوى . وفى نفس الوقت أبرز دعوى مضمونها أن العقوبة البدنية فى الفقه الإسلامى جلداً أو قصاصاً أو تعزيراً إنما تقع فى موطن الدفاع الشرعى وهى كتابة التزمت فيها حيدة علمية لافضل لى فيها إلا بيان أحد وجوه الفقه الإسلامى بتوفيق الله . كما أنها لم تخضع إلى الفنية المتكاملة للتبويب العلمى فى نظرنا ومرد ذلك قد يكون الاندفاع الحماسى نحو القول بأنه ليس من الرشد أن تقيم أمة نظامها التشريعى على أساس مستعار من أمة أخرى وهو مع هذا لا يتفق ودينها وماضيها ولا علينا مع هذا أن نفيد من كل خير نجده فى الفكر التشريعى لأى أمة من الأمم دون تبعية تشريعية لها كما أنه لا جرم على المدافع أن يتخير مواقع شتى لدفاعه وإن بدا فى ظاهر العيان أن لا رابطة بينها(٧) ـ والله عز وجل أدعو أن يتقبله .

وينفع به إنه نعم المولى ونعم النصير.

د . الحسينى جاد

(٧) توجد فى الفقه الغربى بعض المبادئ التى تتفق فى جوهرها مع بعض ما تضمنته الشريعة الإسلامية مثل من الخير أن تمنع الجرائم قبل أن تقع « دره المفاسد مقدّم على جلب المصالح » ومثل ما يمكن أن يسمى بفورية العقوبة ـ لأن العقوبة تكون أكثر عدلاً ونفعا عندما تتم على نحو فورى وبشكل متقارب ومتتابع لارتكاب الجريمة وثبوتها ومثل وجوبية منح المتهم الفرصة والوسيلة الملائمة للدفاع عن النفس ـ راجع ما كتبه الفيلسوف الإيطالى « تشيزادى بكاريا » ١٧٣٨ ـ ١٧٩٤ فى مؤلفه الجرائم والعقوبات ط مؤسسة الكويت للتقدم العلمى ترجمة د/ يعقوب محمد أولى عام ١٩٨٥ .



فصل تمهيدى

وفيه المطالب التالية :

١ ـ الفقه الإسلامى ومبدأ الشرعية .

٢ ـ مفهوم العقوبة .

٣ ـ مفهوم الدفاع الشرعى .

٤ ـ دستورية الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى .

٥ ـ العلاقة بين الدفاع الشرعى والعقوبة البدنية وتحت هذا المطلب تعالج المسائل التالية .

(أ) تمهيد .

(ب) الوحدة الموضوعية لأقسام الدفاع الشرعى .

(جـ) الدفاع الشرعى ورجل الشارع .

(د) الدفاع الشرعى وخطأ التجاوز « إساءة استعمال السلطة » .

(هـ) الدفاع الشرعى وحالة الضرورة .

(و) الدفاع الشرعى وسلطة الدولة فى العقاب .

(ى) تجاوز حق الدفاع وسلطة الدولة العقابية .

فصل تمهيدى

المطلب الأول

الفقه الإسلامى ومبدأ الشرعية

LEGALITY

قبل الدخول فى تفاصيل مايتعلق بمفهوم العقوبة وأهدافها وتقسيماتها بحسب الرابطة القائمة بينها أو من حيث محلها ... إلخ . يجب الالتفات جيداً إلى أن الفقه الإسلامى أخذ بمبدأ الشرعية (Legality) لاجريمة ولاعقوبة بغير نص منذ نشأ هذا الفقه وليداً فى صحارى مكة حتى انتشر على ربوع الكون كله .

ومعروف أن جوهر هذه القاعدة يعنى أن فعل الفرد وصور سلوكه لايجرّمان إلا إذا كان ثمة نص صادر من سلطة مختصة تجعل هذا الفعل أو صور السلوك مجرّماً مع تقرير عقوبة له على أن يكون هذا النص التشريعى قد صدر قبل وقوع الفعل أو السلوك الذى جرِّم . وهذا يعنى أن القاعدة الجنائية تعبر فى شق منها عن التفاصيل المادية للسلوك المحظور بمقتضاها وتعيِّن فى الشق الآخر العقاب المستحق عن هذا السلوك إذا ما صار أمرا واقعاً[1] .

وإن كانت هذه القاعدة لم يعرفها العالم على شكل إقرار عالمى إلا عندما جاء النص عليها فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ديسمبر سنة ١٩٤٨ م كما أن جذورها التاريخية تمتد إلى العهد الجمهورى للقانون الرومانى . ثم أنها تعرضت لعدد من الانتكاسات فى تشريعات متعددة منها التشريع الألمانى الصادر سنة ١٩٣٥م والتشريع الروسى الصادر قبل عام ١٩٥٨م[2] .

إلا أن التشريع الإسلامى عرفها منذ هبط الوحى بالنور على روابى مكة بنصوص واضحة

---

(١) نظرية التجريم فى القانون الجنائى معيار سلطة العقاب ا. رمسيس بهنام منشأة المعارف إسكندرية بدون تاريخ والنظرية العامة للقانون الجنائى ص ١٨٩ وما بعدها .

(٢) يراجع فى أصول النظام الجنائى الإسلامى د/محمد سليم العوا ص ٥٠ ــ ٥١ ط دار المعارف مصر ١٩٧٩ م .

الدلالة لا لبس فيها ولا تبديل[3] منها قوله تعالى فى سورة الاسراء « وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا » آية رقم ١٥ . ومنها قوله تعالى فى سورة القصص « وماكان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا » آية رقم ٥٩ . ومنها قوله تعالى فى سورة المائدة آية رقم ٩٥ « عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه » ومنها قوله تعالى « لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم » . الأنفال الآية ٦٨ . والقرطبى يعلق على هذا النص بقوله : « لايعذب قوم حتى يبين لهم مايتقون » وغير ذلك كثير من النصوص القرآنية التى تعطينا نفس الحكم .

كما أن السنة النبوية المطهرة عالجت القضية عندما حج رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ حجة الوداع حيث قال : « ألا وإن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب[4] . ويعلق الإمام القرطبى على الآية الأولى السابقة بما يفيد أن النص القرآنى واضح الدلالة على العمل بهذه القاعدة على سبيل الإطلاق بما فى ذلك الشق الجنائى فيقول بعبارته « أى لم نترك الخلق سدى بل أرسلنا الرسل وفى هذا دليل على أن الأحكام لاتثبت إلا بالشرع ـ إلى أن يقول ـ أى الله : إن الله لايهلك أمة بعذاب إلا بعد الرسالة إليهم والإنذار[5] وليس هناك شك فى أن النص يفيد العمل بمعنى القاعدة على إطلاقه والشق الجنائى فرع عن الأصل فى القاعدة وإذا سُلِّم بالأصل سُلِّم بالفرع من باب أولى . كما أن الأصل عند العلماء من الأصوليين أن الخطاب إذا ورد مطلقا حمل على إطلاقه وإن ورد مقيداً حمل على تقييده ما لم تكن ثمة ضرورة تقيده أو تطلقه ولا ضرورة هنا .

ويعنى هذا أنه إذا ورد المطلق فى نص شرعى فإنه يدل قطعاً على المعنى المراد منه مالم يوجد من الأدلة مايصرفه عن معناه الأصلى حيث يجب العمل به على إطلاقه لأنه ذو دلالة

---

(٣) وبذلك نختلف مع من يرى بأنه ليس فى نصوص القرآن الكريم أو السنة نص واضح الدلالة على العمل بهذه القاعدة فى مجال التشريع الجنائى إلا أنها ـ أى القاعدة المذكورة ـ يمكن استنتاجها من بعض النصوص وبعض قواعد الأصول .

(٤) يراجع نيل الأوطار ج ٥ ص ١٣٩ والجريمة لأبى زهرة ص ١٨٩ دار الفكر

(٥) الجامع لأحكام القرآن ج ١٠ ص ٢٣١ ط ك ٢٠١ الأميرية ١٩٣٦ م وهذا القول محل إجماع المفسرين فى جوهره وفى تفسير أبى السعود هذه العبارة تعليقًا على النص السابق « أى وما صح وما استقام ما بل استحال فى سنتنا المبينة على الحِكَم البالغة أو ما كان فى حكمنا الماضى وقضائنا السابق أن نعذب أحدًا من أهل الضلال والأوزار اكتفاء بقضية العقل . بل نبعث إليهم رسولاً يهديهم إلى الحق ويردعهم عن الضلال ويقيم الحجج عليهم ويمهد الشرائع » يراجع ج ٥ ص ١٦٢ دار إحياء التراث العربى بيروت . كما يراجع الظلال للأستاذ سيد قطب ج ٤ ص ٢٢١٧ دار الشروق بيروت ١٣٩٧ هـ والشوكانى له تعليق بالغ الروعة على النص فتح القدير ج ٣ ص ٢١٤ ط دار الفكر بيروت ١٤٠٣ هـ .

قاطعة[٦] كما أن العمل باللفظ المطلق يبقى سارياً على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد بالنص عليه أو بدلالة الحال[٧] ولا دليل هنا على التقييد نصاً أو غير ذلك فبقى الحكم على إطلاقه .

وإضافة إلى ماسبق فإن الأخذ بعكس هذه القاعدة فى الفقه الإسلامى يجافى العدالة وتكليف بما لايطاق أو بتعبير القاضى صدر الشريعة[٨] إن التكليف بالشىء استدعاء حصوله واستدعاء ما لا يمكن حصوله سفه فلا يليق بالحكيم بناء على الحسن والقبح العقليين كما أن الله تعالى أخبر بعدم وقوعه فى آيات كثيرة كقوله تعالى « لايكلف الله نفساً إلا وسعها »[٩] .

وليس هناك شك فى أن أصل هذا المبدأ قاعدة « الأصل فى الأشياء الإباحة » والتى أخذت من نصوص كثيرة سبق ذكر بعضها ونسوق إضافة إلى ماسبق ذكره نصوص أخرى منها على سبيل المثال قوله تعالى « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق »[١٠] .

وقول النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ « ما أحل الله فهو حلال وماحرم فهو حرام وماسكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً »[١١] وقاعدة « لاتكليف قبل ورود الشرع » وقد عالجها الشوكانى بقوله « اعلم أنه لاخلاف فى كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة »[١٢] .

---

(٦) يراجع إرشاد الفحول لمحمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ دار المعرفة بيروت بدون تاريخ ص ١٦٤ وما بعدها حيث أورد المؤلف أكثر من تعريف للمطلق كما يراجع أصول الأحكام الشرعية ا ـ د يوسف قاسم ص ٢٩٣ دار النهضة العربية ١٤٠٥ هـ .

(٧) يراجع قواعد الخادمى ص ٢٣١ والمجلة العدلية وشرحها للأتاسى م ٦٤ .

(٨) صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبى البخارى الحنفى المتوفى ٧٤٧ هـ.يراجع التلويح على التوضيح ج ١ ص ٣٧٨ ط محمد على صبيح بدون تاريخ .

(٩) البقرة الآية ٢٨٦ .

(١٠) الأعراف آية ٣٢ ويراجع سورة الأنعام آية ١٤٥ والأنعام الآية ١٥١ .

(١١) الحديث رواه أبو الدرداء وأخرجه الطبرانى والبزار بسند حسن ولقادة الفكر من علماء الأصول أسس ثابتة تم إرساء هذه القاعدة عليها . يراجع على سبيل المثال أشباه ابن نجيم ص ٦٦ وأشباه السيوطى ص ٦٦ دار إحياء التراث العربى وقواعد الحمزاوى ص ٢٨٤ وإرشاد الفحول ص ٢٨٤ وما بعدها . وص ٢٥٧ من نفس المصدر ويجب الالتفات إلى أن هذه القاعدة ليست كُلية وإنما هى فرعية أدرجت تحت قاعدة كلية كبرى وهى « اليقين لا يزول بالشك » .

(١٢) إرشاد الفحول ص ٧ والأحكام للآمدى ح ١ ص ٨٦ والموافقات ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها تحقيق الشيخ عبد الله دراز ـ دار الفكر بيروت .

ويلاحظ هنا ما يلى :

١ ـ ما سبق ذكره من نصوص يعتبر أصلاً لهاتين القاعدتين.

٢ ـ إن الجمع بين هاتين القاعدتين يخرج لنا بوضوح مضمون مبدأ الشرعية . « لاجريمة ولاعقوبة بغير نص » ـ والآن ـ أرانى لست فى حاجة للقول بأن الشريعة الإسلامية قد سبقت الفكر القانونى الوضعى فى تقرير قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات بأزمان طويلة . هذا فضلاً عن أن هناك نصوصا خاصة بكل جريمة داخلة فى إطار الحدود والقصاص عالجت كل جريمة على حدة وحددت العقاب عليها . أما خارج هذا الاطار فى جرائم التعازير « معاصى لا حد فيها ولاكفارة » فإن الأصل فيها أن ينص على الجريمة دون العقوبة التى يترك أمرها للسلطة المختصة فى الدولة تفرضها وتوقعها أو تنفذها فى إطار العقوبات المسموح بتوقيعها فى الشريعة الإسلامية .

٣ ـ إن تطبيق قاعدة لاجريمة ولاعقوبة بغير نص يتم فى الفقه الإسلامى فى أحد إطارين إطار جامد « جرائم الحدود والقصاص » حيث يأتى النص مفصلاً للفعل المكوِّن للجريمة ومحدداً للعقوبة وإطار مرن فى جرائم التعزير حيث تبين النصوص الأفّعال التى تعتبر ـ أو يمكن أن تعتبر ـ جرائم تعزيرية ويترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة فى الدولة الإسلامية تراعى فى تقريره وتوقيعه ظروف الزمان والمكان وشخص الجانى . كما أن الشريعة الإسلامية لم تغل يد ولى الأمر فى أن يحرم إتيان بعض الأفعال المباحة أو يوجبها بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها والمحافظة على أمنها ونظامها شريطة عدم الخروج على نص شرعى أو مبدأ عام أو روح الشريعة الإسلامية [١٣] وهكذا فإن قرار وجوب

(١٣) فى أصول النظام الجنائى الإسلامى د . محمد سليم العوا ص ٥٤ ، والمرحوم عبد القادر عودة القسم العام ج ١ ص ٢٤٨ وغنى عن الذكر أن من أهم نتائج قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أن النصوص الجنائية لا تطبق على ما مضى من أفعال جرمت بعد تاريخ حدوثها « مبدأ عدم رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى » والفكر الإسلامى سبّاق إلى هذا بالتأكيد يراجع العدل والإنصاف فى معرفة أصول الفقه والاختلاف ج ١ ص ١٩٠ للإمام أبى يعقوب يوسف بن إبراهيم الورجلانى ط وزارة الثقافة سلطنة عمان ١٤٠٤ هـ كما يراجع الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى ص ٢٧٧ وكذلك الماوردى فى أحكامه السلطانية وقد عقد فصلاً عالج فيه هذه المسألة حيث قال يجب تقديم الأفكار ولا يعجل بالتأديب قبل الانكار . وأورد عن الإمام إبراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء فرأى رجلاً يصلى مع النساء فضربه بالدرة . فقال الرجل والله إن كنت قد أحسنت لقد ظلمتنى وإن كنت أسأت فما أعلمتنى فقال عمر أما شهدت عزمتى ـ فقال ما شهدت لك عزمة ـ فألقى إليه الدرة وقال له اقتص ـ قال لا أقتص اليوم ـ قال فاعفو عنى ، قال لا أعفو فافترقا على ذلك . ثم لقيه من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل يا أمير المؤمنين كأنى أرى ما كان منى قد أسرع فيك ؟ قال أجل ـ قال فأشهد الله أنى قد عفوت عنك . يراجع ص ٢٤٩ ط . الحلبى مصر ١٣٩٣ هـ . ومن نافلة القول إن هذا خاص بالتعزير حيث غير التعزير حددت الجريمة والعقوبة بالنص .

إعلان المخاطبين بالقاعدة القانونية قبل تطبيقها ثابت فى الفقه الإسلامى . فلا عقاب على من أتى فعلاً لايعلم تجريمه[14] بل إن هذا مبدأ أرساه القرآن الكريم بالنص حتى فى مقام النبوة ذاتها قال تعالى فى سورة البقرة « ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم قل إن هدى الله هو الهدى ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذى جاءك من العلم مالك من الله من ولى ولا نصير » البقرة آية ١٢٠ .

المطلب الثانى
مفهوم العقوبة

لاخلاف جوهرى بين الفقه الإسلامى وبين القانون الجنائى الوضعى فى مفهوم العقوبة وماهيتها بصفة عامة . فهى فى علم العقاب ـ إيلام مقصود يوقع من أجل الجريمة ويتناسب معها ـ وفى الفقه الإسلامى جزاء مقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع[15] .

والتعريف فى الفقه الإسلامى يمكن تعديله كالآتى ـ العقوبة جزاء مقرر أو ما يمكن تقريره لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع وذلك ليدخل فيه مايجد من وقائع قد يرى أهل الاختصاص فى الدولة الإسلامية تجريم بعضها ومن ثم وضع عقوبة لكل سلوك يجرم فى زمن لاحق .

نظرة تحليلية :

(أ) ماسبق يفيد أن الايلام أو الجزاء تتفاوت قوته أو جسامته حسب وقائع كل سلوك جرِّم ومن ثم فقد يصل هذا الايلام أو الجزاء إلى حياة الجانى مثل الموت قصاصاً أو تعزيراً . وقد يصل إلى حق الحظر على الحرية حيث السجن أو ما يعبر عنه بالأشغال الشاقة أو الحبس . وقد يمتد هذا الجزاء إلى المال فتكون المصادرة أو الغرامة . ويعنى هذا أن وثيق الصلة ثابت

---

(١٤) يمكن مراجعة ما كتبه الإمام الأكبر المرحوم الشيخ محمود شلتوت تحت عنوان « الحد الفاصل بين الإسلام والكفر » فى الإسلام عقيدة وشريعة ط . دار الشروق بيروت .

(١٥) يراجع علم الإجرام وعلم العقاب ا . د . محمود نجيب حسنى دار النهضة العربية ١٩٨٢ ص ٢٢٤ والتشريع الجنائى للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٠٩ ط . دار العروبة ١٩٥٩ م والعقوبة لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٦٤ وما بعدها ويراجع نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام ج ١ ص ٢٠٧ ط . الحلبى مصر ١٣٨٩ م .

بين الواقعة المحظورة أو المحرمة وبين العقوبة المقررة لها فى الفقه الوضعى . فهل ياترى كان للفقه الإسلامى مثل هذا الرأى أم خلا من الربط بين العقوبة والجناية جسامة وتخفيفاً ؟؟ .

والجواب أن هذا هو الأصل فى الفقه الإسلامى حيث تم الربط بين الجناية وعقوبتها بقدر تراعى فيه المصلحة العامة دون إفراط أو تفريط[16] .

ليكون هذا النظام العقابى فريد فى مثاليته حيث نظم عمله على وجه يكفى بلوغ أقصى الفائدة منه . وآية ذلك أن الشريعة الإسلامية جعلت نظامها العقابى يدور فى ثلاث دوائر هى الحدود والقصاص والتعزير- والمشرع الإسلامى قد حدد العقوبة كماً ونوعاً وصفة فى جرائم القصاص والحدود وترك تحديد العقوبة فى دوائر التعازير لأهل الاختصاص على أن يكون هذا الترك محكوماً بالقواعد العامة فى الدائرتين السابقتين وألا يصطدم بنص وألا يخرج عن روح الفقه الإسلامى .

كما أن المشرع الإسلامى لم يغفل شخصية الجانى بل ضيق من دائرة الذين يجب أن توقع عليهم هذه العقوبات المحددة إلى درجة التلاشى تقريباً فى بعض جرائم الحدود مثل الزنا- الرجم - أو الجلد حسب كل واقعة - والسرقة - القطع - أو التعزير وذلك نتيجة لما وضعه المشرع الإسلامى من شروط وقيود إثباتية تسبق وجوباً تنفيذ العقوبة .

(ب) ماسبق فى ماهية العقوبة يؤكذ أن من عناصرها أن يكون الإيلام أو الجزاء مقصوداً وفى ذلك يقول بعض الفقهاء « لا تفترض فكرة العقوبة أن الإيلام لا ينال من ينزل به عرضاً أو لأنه يرتبط إرتباطا لازماً بإجراء أو تدبير لايستهدف الإيلام ولكنه أثر مقصود لإنزال العقوبة ولذلك كان معنى العقوبة منتفياً عن إجراءات التحقيق أو المحاكمة ولو اتخذت صورة الحبس الاحتياطى لأن ماينطوى عليه هذا الحبس من إيلام يكون غير مقصود لأن هناك فرقاً بين العقوبة والتدبير والاحتراز[17] .

---

(١٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى وقد عقد فصلاً لذلك بدأه بقوله «اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا . فإن تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين ... إلخ» يراجع ج ٦ ص ١١٧ ط دار المعرفة بيروت بدون تاريخ .

(١٧) علم الإجرام والعقاب ا . د . نجيب حسنى ص ٢٢٤ . والفقه الإسلامى لا يختلف عن ذلك حيث فرق بين العقوبة والتدابير الاحترازية فالماوردى الشافعى عالج فى الباب التاسع عشر أحكام الجرائم وجعل من سلطة المحقق مع المتهم التعجيل بحبسه للكشف والإبراء بل وله ضربه ليأخذه بالصدق فيما اتهم به واستحلافه وأخذه التوبة إجبارًا وأن يظهر من الوعيد عليه ما يقوده إليه طوعًا وكل هذا فى نطاق الأدب ويبين من عبارة الماوردى أن كل ذلك خارج عن دائرة العقوبة الأصلية ومندرج فى ظل التدابير الاحترازية يراجع الأحكام السلطانية ص ٢٢٠ ويراجع أيضًا معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسى ص ٥١ ط . الحلبى ١٣٩٣ هـ وأيضًا تبصرة الحكام للعلامة برهان الدين ابن فرحوت المالكى دار الكتب العلمية بيروت ج ٢ ص ٢٢٥ .

وهذا يعنى أن قوام فكرة الجزاء أو الإيلام مقابلة الشر بالشر وآية ذلك أن السلوك المجرم الذى يأتى به شخص ما إنما يعنى أنه شر وقع على المجتمع وعلى المجنى عليه يتعين أن يقابله شر مقصود إذ بغير ذلك لايتحقق معنى الجزاء . هذا عن موقف الفكر الجنائى الوضعى فأين موقف الفكر الجنائى الإسلامى من هذه الفكرة ؟!.

تبدو هذه الفكرة فى الفقه الإسلامى واضحة فى الجرائم الماسة بكيان المجتمع عند العقاب عليها وإن كانت موجودة فى كل سلوك جرمه المشرع الإسلامى ووجة الوضوح فيها أن سلطات القاضى عاجزة عن الزيادة أو النقص فى العقوبة أو الاستبدال بعقوبة أخرى ومثل القاضى ولى الأمر فى شأن العفو عن الجريمة أو العقوبة . وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المحددة قصداً دون نظر إلى أى اعتبارات أخرى ولا مخرج للجانى إلا عفو المجنى عليه أو وليه فى بعض هذه الجرائم حيث يسقط القصاص أو الدية إذا اختص بها العفو ويجوز لولى الأمر فى هذا الحال عمدية . عقاب الجانى تعزيراً مع مراعاة النظر إلى شخص الجانى والمجنى عليه وظروف الواقعة[18] .

ويستند التعزير هنا على مصلحة حقيقية مقررة لأنه حيث لايوجد ضرر حقيقى للمجتمع فلا جريمة تعزيرية وحيث لامصلحة حقيقية من جراء العقاب فلا عقاب تعزيرى ولاشك أن فى مثل ماسبق ضرر حقيقى واقع بالمجتمع ولابأس من النظر فى ظروف كل مجتمع وزمان ومكان وبيئة الناس حيث موازين الضرر والنفع تختلف .

وفى النصوص الشرعية ما يبلور فكرة أن العقوبة جزاء مقصود مقابل للجريمة (Retribution) قال تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم »[19] وقوله فى نفس السورة فى معرض بيان جريمة الحرابة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يُقتلوا أو يُصلّبوا أو تُقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض » وفى السنة نصوص كثيرة تتفق وذات الفكرة لاسيما النصوص التى تعالج جرائم الحدود كالسرقة مثل الحديث الخاص بالمرأة المخزومية التى سرقت . وكذلك شرب الخمر والردّة[20] والعقوبة هنا تنفذ حرفاً ونصاً . قال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ من بلغ حدًّا فى غير حد فهو من المعتدين[21] ومفهوم المخالفة يقيد المعنى المطلوب .

---

(١٨) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ط ص ٦١٣ وزاد المحتاج بشرح المنهاج للعلامة عبد الله الكوهجى ج ٤ ص ٤٥ وما بعدها ط الشئون الدينية بدولة قطر

(١٩) سورة المائدة آية ٣٨ .

(٢٠) يراجع البخارى ج ٨ ص ١٦ المكتبة الإسلامية تركيا بدون تاريخ .

(٢١) باب الحدود السنن ج ٨ ص ٣٢٧ ونصب الراية للزيلعى ج ٣ ص ٣٥٤ دار المأمون القاهرة ١٣٥٧ هـ .

(جـ) إن فكرة العقوبة من واقع مفهوم القانون الجنائى الوضعى تفترض أن الجزاء أو الإيلام لايتم إلا بعد الانتهاء من الفعل المادى المكون للجريمة . ومن ثم يكون أثراً لها . كما أن العقوبة والحال هكذا تتميز عن الإجراءات المانعة التى تتخذ قبل وقوع جريمة أو جرائم متوقعة وتستهدف توقيها والمفترض أن يكون ثمة تناسب بين الإيلام والجريمة[٢٢] .

أما عن موقف الفقه الإسلامى فقد كان سبَّاقاً إلى ذلك بصورة أدق وأكمل من منظور أن هذه الأفكار لم يتم بلورتها فى الفقه الوضعى إلا فى زمن قريب . أما الشريعة الإسلامية كانت أرسخ قدماً وأقدم تشريعاً أو أشرق فكرة وفى ذلك يقول صاحب الأحكام السلطانية « والحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ماحظر وترك ما أمر به لما فى الطبع من مغالبة للشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة فجعل الله تعالى من رواجر الحدود مايردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة وخيفة من نكال الفضيحة ليكون ماحظر من محارمه ممنوعاً وما أمر من فروضه متبوعاً فتكون المصلحة أعم والتكليف أتم .[٢٣] وإذا كان نصيب الارادة الإجرامية من الخطأ فادح غليظ . ودرجة جسامة ماديات الجريمة عام بالغ الخطورة فإن الفقه الإسلامى يرى فى هذه الحالة عقوبة مرحلة مابعد الحد إن جاز القول وهى حبس الجانى لمنع ضرره عن الناس حتى يموت بعد أن تقوم السلطات المعنية بقوته وكسوته من المال العام لدفع الضرر عن الناس [٢٤] .

ويمكن التعبير عن فكرة الجزاء هنا من منظور الفقه الإسلامى أن ماديات العمل المجرم يبرز شخصية قيادية شاذة فى عالم الاجرام لا تردعها العقوبة المقررة ومن ثم فمصلحة الجماعة تقتضى التعديل فى المعاملة العقابية بما يحقق سلامتها . لأن ماديات السلوك الجنائى فى هذه الحالة لها آثار خطيرة على البناء الاجتماعى كله مما يستوجب دفاعًا شرعيا عن الناس من قبل ولى الأمر. وإن كان يدخل فى إطارها آثار فردية للمضرور من هذا السلوك .

وعندى أن العقاب هنا حق اجتماعى وحق فردى معًا مع غَلبة الحق الأول على الثانى لأن الجريمة قد مست حقًا فرديًا ثابتًا وحقًا اجتماعيًا فى وقت واحد واجتماعية العقاب الغالبة تستلزم الصرامة حيث أن الأمر فاق مجرد الضرر الشخصى . ومن هنا رفضت فى الفكر الإسلامى ـ فكرة الشفاعة أو العفو فى الحدود التى ترتبط بحق الجماعة « حق الله تعالى » وبرزت فكرة الدفاع الشرعى .

---

(٢٢) الأستاذ الدكتور نجيب حسنى المصدر السابق ص ٢٢٥ .

(٢٣) الماوردى الشافعى ص ٢٢١ .

(٢٤) المصدر السابق ص ٢٢٠ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها ومُعين الحكام ص ١٦٩ ط . الحلبى .

وتطبيقاً لما مضى لو افترضنا أن سارقاً قامت البينة على ثبوت الجناية المتكاملة الأركان عليه فإنه يجب قطع يده اليمنى فإن عاد قطعت رجله اليسرى فإن عاد فاليد اليسرى فإن عاد الرابعة فالرجل اليمنى فإن عاد حبس حتى الموت أو التوبة .

وبغض النظر عن الآراء التى حملت لواء فكرة القطع فى اليدين فقط لأن المتفق عليه بين الجميع أن عقوبة ما بعد الحد هى الحبس حتى الموت أو صلاح الحال[٢٥] وذلك تطبيق عملى مرحلى لفكرة الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى .

وفكرة الحق فى جماعية العقوبة هنا تتجلى فى أن السرقة لاينظر إليها من جانب ضياع المال على مالكه فقط بل هى مؤشر خطير لانهيار أمن أمة كاملة وإشاعة للجريمة فى المجتمع أو على حد تعبير الشيخ أبوزهرة « جريمة السرقة فيها اعتداء على الأشخاص وفيها مع ذلك اعتداء على المجتمع يصغر بجواره الأذى الشخصى حيث الترويع والافزاع »[٢٦] .

المطلب الثالث

مفهوم الدفاع الشرعى[٢٧]

عرَّف الفقه الإسلامى مفهوم الدفاع الشرعى الخاص فى مسألة دفع الصائل والصيال لغة : هو المصاولة والاستطالة والوثوب . وكلمة صائل اسم فاعل من الفعل صال وفى القاموس الصؤول من الرجال الذى يضرب الناس ويتطاول عليهم ويقال صال عليه أى

---

(٢٥) يراجع المغنى ج ٨ ص ٢٥٩ ط . مكتبة زهران وللفقيه ابن قدامة تعليق رائع فى هذا الشأن والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٥٧ مسألة رقم ٢٢٨٤ كما يراجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٦ والمهذب ج ٢ ص ٢٨٩ وما بعدها .

(٢٦) العقوبة ص ٧٢ وهذا المعنى ذكره الشاطبى فى الموافقات ج ٣ ص ٢٤٧ وما بعدها مسألة حق الله وحق العبد ط . دار الفكر .

(٢٧) أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم حكومة ونظم لها شئونًا داخلية كالوزارة حيث كان يقول «وزيراى من أهل الأرض أبو بكر وعمر وصاحب السر حذيفة بن اليمان والآذن أنس بن مالك والطبرى يراه رباحًا بن أبى مسروح والتعليم عبادة بن الصامت وعبد الله بن سعيد بن العاص وبعد بدر أنشئت أول مدرسة تعليمية والكتاب على أنواعهم للوحى وللعهود والصلح وللرسائل والمحاسب . وقد تولى ذلك العمل بنفسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث حاسب الذى كلفه بجباية الزكاة من بنى سليم والسجون حيث حبس عليه السلام بنى قريظة فى دار بنت الحارث وهى امرأة من الأنصار وصاحب الجزية حيث عهد بذلك إلى أبى عبيدة بن الجراح لأنه أمين هذه الأمة والعامل على الزكاة وكان عمر بن الخطاب أول من تولاها . والخارصون المقدرون للثمر على شجره وهم خبراء فى هذا الأمر لاستيفاء الزكاة وغير ذلك ومنهم عبد الله بن رواحة وجبار بن صخر .

سطا عليه ليقهره ويغلبه[٢٨] . ودفع الصائل تعني إزالة اعتدائه من قبل المصول عليه « المُعتدى عليه » والشق اللغوى فى التعريف يفيد أن الصيال اعتداء على الغير لقهره وإيذائه سطوًا بأى صورة من صور الإيذاء .

والذين عالجوا قضية الدفاع الشرعى على إطلاقه فى الفقه الإسلامى لم يستقروا على تعريف ثابت له سواء القديم منهم أو المعاصر . فقد عرفه الكوهجى[٢٩] « بأنه استطالة مخصوصة واكتفى الشيخ الشربينى الخطيب بالمعنى اللغوى للصيال فلعله رأى الاكتفاء به لوضوح حقيقته بهذا التعريف[٣٠] . والشيخ الشلبى فى حاشيته فعل ما فعله الشيخ الشربينى أيضاً[٣١] . وكذلك الرملى فى غاية البيان[٣٢] . وقد لخص ابن رسلان باب حد الصائل فى قوله :

ومن على نفس يصول أو طرف ... أو بضع ادفع بالأخف فالأخف
والدفع أوجب إن يكن عن بضع ... لا المال وأهدر تالفاً ... بالدفع
واضمن لما تتلفه البهيمة ... فى الليل لا النهار قدر القيمة

وفى وقتنا المعاصر وجدت عدة محاولات لوضع تعريف مانع جامع للدفاع الشرعى حيث عرفه المرحوم عبد القادر عودة بقوله « هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء »[٣٣] . وقد وجه إلى هذا التعريف النقد لإطنابه كما أنه لايتفق وأصول

= ومن الشئون الداخلية أيضًا المحتسب وهو الذى يراقب أحوال السوق فيمنع الغش ويراقب الأسعار ويؤدب المخالفين ومع مرور الزمن اتسعت دائرة اختصاصاته وسعيد بن العاص كان محتسبًا على سوق مكة بعد فتحها وليس هناك ما يمنع ولى الأمر فى أن يستعمل فى هذا الحقل امرأة عند الضرورة لاسيا وأن هناك أسواقًا كثيرة يردها النساء شريطة الالتزام بشرع الله سلوكًا ومظهرًا وعملاً حيث قامت بهذا العمل امرأة وهى سمراء بنت نهيك الأسدية حيث كانت تمر فى الأسواق تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتضرب الناس على ذلك بسوط معها .

(٢٨) القاموس المحيط ج ٣ ص ٤ سنة ١٣٠٢ هـ .

(٢٩) هو العلامة الشيخ عبد الله ابن الشيخ حسن الحسن الكوهجى الشافعى صاحب زاد المحتاج لشرح المنهاج انظر ج ٤ ص ٢٦٨ تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصارى ط . أولى الشئون الدينية بدولة قطر بدون تاريخ .

(٣٠) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٩٤

(٣١) حاشية الشلبى هامش شرح الكنز ج ٦ ص ١١٠ ط دار المعرفة ببروت مصورة عن الأولى الأميرية المصرية سنة ١٣١٥ هـ .

(٣٢) غاية البيان شرح زبد بن رسلان لشمس الدين محمد بن أحمد الرملى الأنصارى الملقب بالشافعى الصغير ٩١٩ - ١٠٠٤ هـ ط الحلبى ص ٣٠٤ .

(٣٣) التشريع الجنائى ج ١ ص ٤٧٣ .

البحث العلمى التى تشترط فى التعريف أن يكون جامعاً مانعاً[٣٤] . وعرفه البعض بأنه « موقف يقوم به شخص برد اعتداء غير مشروع سيقع على نفسه أو ماله أو عرضه من شخص آخر أو سيقع على نفس أو عرض أو مال غيره » وهذا تعريف يعتريه إطناب فى غير موضعه .

وعرفه الدكتور يوسف قاسم فى كتابه نظرية الدفاع الشرعى « بأنه رد اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال » ولو أضيف إلى هذا التعريف مايشير إلى زمن الاعتداء لكان أكمل وأتم . وفى الفقه الوضعى تعددت التعريفات لمفهوم الدفاع الشرعى من قبل الشراح سواء أكان ذلك فى مصر أم خارجها فقد عرفه جارو R-Garraud بأنه استعمال القوة من أجل حماية مصلحة قانونية يريد المعتدى إهدارها أو النيل منها . وعرفه Bouzat بقوله إن من الحقوق استعمال القوة لمقاومة اعتداء حال غير مشروع . وعرفه الدكتور القللى بأنه « إباحة درء الجريمة بالجريمة أو دفع القوة بالقوة كما عرفه البعض بأنه حق دفع اعتداء حال وغير مشروع »[٣٥] .

وعلى الجملة فقد تعددت كثيراً التعريفات لمفهوم الدفاع الشرعى فى الفقه الوضعى فمنه من اعتبره إستعمال لحق شخصى وفى ذلك مجافاة للتعريف المقرر للحق الشخصى وينبنى عليه أن هذا الحق من قبل المدافع يقابله التزام من قبل المعتدى بتحمل الدفاع كما أنه يكون مسئولا عن التعويض إذا عاق المدافع عن حق الدفاع الشرعى . ولعل أساس اعتبار الدفاع الشرعى استعمال لحق شخصى لدى بعض الشراح مرجعه التفسير اللغوى لنصوص قانون العقوبات المصرى ـ كما أن بعض الشراح يرى أن الدفاع الشرعى مرجعه آداء الواجب . لكن يؤخذ على هذا القول إن كل واجب يقابله جزاء مقرر على من يمتنع عن القيام به لاسيما وأن الفقه الوضعى المصرى والفرنسى لاينشآن أى تبعات قانونية على المدافع أو الغير عند عدم قيامها بواجب الدفاع الشرعى[٣٦] أيضاً يرى بعض الشراح أن الدفاع الشرعى يحمل صفة التفويض القانونى باستعمال سلطة الضبطية الإدارية فى منع الجرائم ـ أى منع الاعتداء على الحقوق التى يحميها القانون الجنائى وأساس ذلك أن رجل الشرطة هو المكلف أصلاً بذلك لكن عندما يتأتى

---

(٣٤) نظرية الدفاع الشرعى د . يوسف قاسم ص ٣٥ سنة ١٣٩٩ هـ .

(٣٥) الدفاع الشرعى دراسة لمبدأ المشروعية د يسرى أنور ص ٢٢٩ وانظر الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراه . جامعة القاهرة ص ٥٧ وما بعدها . وقد تعرض الباحث د . محمد سيد عبد التواب إلى هذا الموضوع بتفصيل واف .

(٣٦) انظر شرح قانون العقوبات القسم العام د محمود محمود مصطفى ط . سنة ١٩٥٥ ص ١٢٤ وقارن ذلك بالفقه الإسلامى خاصة ما نادى به ابن حزم الظاهرى فى مواضع كثيرة متعددة فى المحلى وعلى سبيل المثال كتاب الاستحقاق والغصب والجنايات على الأموال وكذلك فكره فى التكافل الاجتماعى إن صحت التسمية

الالتجاء إليه لدرء الاعتداء فإن الفرد عليه أن يمارس سلطته فى ذلك بتفويض من الشرع وفساد هذا القول واضح لأن الدفاع رخصة خاصة للمدافع لايترتب على عدم استعمالها تبعات قانونية .

أما رجل الشرطة أو مأمور الضبط فإن واجبه منع الجريمة وإذا نكل عن هذا الواجب كان عليه مسئولية التبعات القانونية المترتبة على هذا النكول . كما أن طبيعة الدفاع الشرعى بين مأمور الضبط ومن له حق الدفاع الشرعى مختلفة من زوايا كثيرة ومتعددة منها . شمول سلطة رجل الشرطة فى مكافحة الجريمة بكل صورها والأمر مختلف عن ذلك فيمن له حق الدفاع كما أن وظيفة مأمور الضبط تلزمه بإجراءات وأفعال معينة عند مكافحته للجريمة عكس المدافع الذى يجوز له أن يأتى بأفعال لاتباح لممثل السلطة أثناء آدائه لعمله[٣٧] .

وأخيراً فإنه يمكن أن يُعرف الدفاع الشرعى فى تقديرنا بأنه « رد اعتداء غير مشروع من معصوم الدم حال أو على وشك الوقوع بمايناسبه من قوة لازمة حماية للنفس أو العرض أو المال » وهذا التعريف لايتصادم مع الفكر الجنائى الوضعى كما أنه يتفق وقواعد الفكر الإسلامى وفضلاً عن ذلك فإنه يشتمل على أركان الدفاع الشرعى . الاعتداء ورده . وشروط عدم الشرعية . وحلول حدث الوقوع أو اقترابه . وشروط الدفاع . اللزوم والتناسب . كما أنه يبرز شرطاً هاماً فى الفقه الإسلامى أغفله شراح القانون الوضعى وهو عصمة الدم بالنسبة للمدافع ومع أنه لاقيد على مهدر الدم فى الدفاع عن نفسه فقهاً إلا أن الفرق بين مهدر الدم ومعصومه يظهر فيما لوحدث لأيهما تلف من الجانى . فمهدر الدم لايتساوى مع معصومه حينئذ . وقد اتفق فقهاء الشريعة على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بدفع الصائل . وعلى تسمية المعتدى صائلاً والمعتدى عليه مصولاً عليه .

(٣٧) انظر على سبيل المثال شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ا .د . نجيب حسنى ص ١٩٦ ونظرية الدفاع الشرعى د . يوسف قاسم ص ٣٧ والنظرية العامة د . رمسيس بهنام ص ٣٧٨ . وفى المسئولية الجنائية ا .د . محمد مصطفى القللى ج ١٤٨ ص٣٠٣، ص ٣١٢ والدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة د . محمد سيد عبد التواب ص ٥٧ وما بعدها وشرح قانون العقوبات الليبى د . أحمد الألفى القسم العام ط . إسكندرية سنة ١٩٦٩ م ص٢٦٤ .

المطلب الرابع
دستورية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

تستمد شرعية «الصيال» أو الدفاع الشرعي من نصوص كثيرة متعددة بعضها من القرآن الكريم وبعضها من السنة النبوية المطهرة :

١ ـ فمن القرآن الكريم قول الله تعالى : «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(٣٨) والإمام القرطبي علق على هذه الآية كثيراً حيث بحث فيها عشر مسائل وضمن ماقاله في هذا الشأن : الاعتداء هو التجاوز. قال تعالى : «ومن يتعدّ حدود الله» أي يتجاوزها فمن ظلمك فخذ حقك بقدر مظلمتك ومن شتمك فرد عليه مثل قوله ومن أخذ عرضك فخذ عرضه لا تتعدى إلى أبويه ولا إلى ابنه أو قريبه وليس لك أن تكذب عليه وإن كذب عليك فإن المعصية لا تقابل بالمعصية(٣٩) .

٢ ـ وقوله تعالى في سورة الحج : «أذن للذين يُقاتلون بأنهم ظُلموا وأن الله على نصرهم لقدير، الذين أُخرجوا من ديارهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله»(٤٠) . يقول ابن كثير إن هذه الآيات نزلت في محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأصحابه حين أخرجوا من مكة فقال أبو بكر عند نزولها فعرفت أنه سيكون قتال ومع أن الله قادر على نصر عباده المؤمنين من غير قتال لكنه يريد من عباده أن يبذلوا جهدهم في طاعته(٤١) .

والآية في مجملها تقرر حق المؤمنين في الدفاع المشروع على المستوى الدولي حيث وقع الاعتداء الخارجي على الوطن وعرض سلامته للخطر.

٣ ـ قوله تعالى : «الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر وأولئك هم المفلحون»(٤٢) ومضمون النص ومراده صيانة المجتمع المؤمن. وكسر النتوءات البارزة فيه وطمس لمعالم النزوات والانحرافات لتسوية جداره والآية مع غيرها من الآيات القرآنية الكثيرة مثل قوله تعالى في سورة الحُجرات : «وإن طائفتان من المؤمنين

---

(٣٨) البقرة ١٩٤ .

(٣٩) انظر الجامع لأحكام القرآن الكريم ج ٢ ص ٣٦٠ وأحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١١٢ والظلال للمرحوم سيد قطب ج ١ ص ١٩١ ط دار الشروق ببيروت ثالثة سنة ١٣٩٧ هـ .

(٤٠) الحج آية ٣٩ ، ٤٠ .

(٤١) مختصر بن كثير ط . الريان ج ٢ ص ٩١ .

(٤٢) الحج آية ٤١ .

اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين » . ومثل قوله تعالى فى سورة التوبة : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقْتلون ويُقْتلون وعْداً عليه حقا فى التوراة والإنجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به »[٤٣] تفيد أن الدفاع الشرعى العام واجب وفرض لافكاك منه على الأفراد والقادرين بصورة عملية أو قولية أو على سلطان المسلمين ـ وهذا ما أميل إليه وأُرجحه ـ لأن ذلك لازم له وواجب عليه[٤٤] .

وقد تأكدت هذه المعانى فى الآيات السابقة بما روى عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من أحاديث كثيرة فى هذا الأمر . منها على سبيل المثال :

أولاً : عن سهل بن سعد أن رجلاً اطلع فى جحر فى باب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ومع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ مودى (بكسر الميم وسكون الدال) عود يشبه أحد أسنان المشط يرجل بها رأسه فقال له : لو أعلم أنك تنظر طعنت به فى عينيك إنما جعل الإذن من أجل البصر[٤٥] .

ثانياً : ماروواه أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم قال : « إياكم والجلوس بالطرقات فقالوا يارسول الله مالنا من مجالسنا بد نتحدث فيها فقال إذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه ـ قالوا وما حق الطريق يارسول الله : قال غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر[٤٦] .

ثالثاً : ماروواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ماكان عليك جناح »[٤٧] .

---

(٤٣) الحجرات آية ٩ والتوبة آية ١١١ .

(٤٤) انظر الجامع لأحكام القرآن ج ١٢ ص ٧٣ وإحياء علوم الدين ج ٧ ص ١٤ ، ١٥ والأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٤٥ وما بعدها ونهاية الرتبة فى طلب الحسبة لعبد الرحمن بن نصر الشيرازى ط دار الثقافة ببيروت ط ثانية سنة ١٤٠٤ هـ . تحقيق د . السيد العرينى ص ٦ .

(٤٥) نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٦٧ .

(٤٦) صحيح البخارى ج ٧ ص ١٢٦ ط . تركيا .

(٤٧) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩ .

رابعاً : ماروى عن سعيد بن زيد قال سمعت النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول : « من قُتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد »(٤٨) .

خامساً : مارواه ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « لاهجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية وإن أستُنْفِرتُم فانفروا »(٤٩) .

سادساً : ماروواه أنس بن مالك رضى الله عنه عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « لغدوة فى سبيل الله أو روحة خير من الدنيا ومافيها »(٥٠) .

وباستعراض ماسبق من نصوص يتأكد لدينا مشروعية الدفاع الشرعى بأجنحته الثلاثة الفردى « دفع الصائل أو الدفاع الشرعى الخاص والعام المتمثل فى حماية نظم المجتمع الإسلامى ومثله وقواعده التى سنها الشرع الإسلامى وأمر عباده بإتباعها « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » والدولى « الجهاد » عند وقوع الاعتداء على أرض الإسلام من أعدائه لأن أصل الجهاد « الدفاع الشرعى الدولى » فى الفقه الإسلامى الحرابة والمقاتلة والاعتداء من غير المسلم لاكفره وعدم اعتناقه الإسلام(٥١) . والإمام ابن القيم كما يبين من قراءة فكره فى هذه المسألة ـ يرى أن أصل العلاقة بين الدولة المسلمة وغيرها هو السلم وهو فى ذلك يقول : « لما كان الجهاد ذروة سنام الإسلام وقبته ومنازل أهله أعلى المنازل فى الجنة كما لهم الرفعة فى الدنيا فهم الأعلون فى الدنيا والآخرة . كان رسول الله فى الذروة العليا منه فاستولى على أنواعه كلها فجاهد فى الله حق جهاده بالقلب والجنان والدعوة والبيان والسيف والسنان ـ إلى أن يقول صاحب زاد المعاد ثم فُرض على المسلمين القتال بعد ذلك لمن قاتلهم دون من لم يقاتلهم فقال : « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم » ثم فُرض عليهم قتال المشركين كافة وكان محرماً ثم مأذوناً به ثم مأموراً به لمن بدأهم بالقتال(٥٢) .

وهذا الرأى إلى جانب أنه قال به أكثر الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة وبعض

---

(٤٨) صحيح البخارى ج ٣ .

(٤٩) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٠٠ .

(٥٠) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٠٢ .

(٥١) هذه مسألة غير متفق عليها إذ يرى البعض أن أصل العلاقة بين دار الإسلام ودار غير الإسلام الحرب إستناداً إلى ظاهر بعض النصوص . لاسيما آيات القتال فى سورتى البقرة والتوبة بينما يرى فريق آخر أن أصل العلاقة بين دولة الإسلام وغيرها السلم ما لم يقع الاعتداء على بلاد الإسلام

(٥٢) زاد المعاد ج ٢ ص ٥٥ ـ ٨٥ ط الريان سنة ١٤٠٧ هـ ويراجع حقوق الإمامة والسياسة لابن قتيبة الدنيورى تحقيق طه الزينى ط الحلبى بدون تاريخ ومغنى المحتاج للشربينى ج ٤ ص ٢٠٩ وما بعدها .

المعاصرين[٥٣] . فإنه يترك الباب مفتوحاً أمام غير المسلمين ذميين أو معاهدين أو غيرهما للدخول فى دين الله أفواجاً . ومن ثم يتساوون مع المسلمين فى كل الحقوق .

وذلك أن الدولة الإسلامية كما عرفها محمد بن الحسن الشيبانى فى السير الكبير بأنها الموضع الذى يكون تحت يد المسلمين وعلامته أن يأمن فيه المسلمون . لها السيادة الكاملة على من يقيمون بأرضها وتعترف بسيادة الدول الأخرى على من يقيمون بأراضى تلك الدول مسلمين أو غير مسلمين ونظراً لأن الدولة الإسلامية سيادتها إقليمية تباشرها على الأقاليم التابعة لها ومن ثم فإنه لاسلطان لها على المسلمين المقيمين بدولة غير إسلامية . إلا أن لهم النصرة من الدولة الإسلامية عند تعرضهم للخطر من سلطات البلاد التى يقيمون فيها . قال تعالى : « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا وإن استنصروكم فى الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم وبينهم ميثاقٌ والله بما تعملون بصير »[٥٤] .

كما أن أهل الذمة المقيمين فى أرض الإسلام إذا أسلموا طوعاً أو اختياراً تسقط عنهم الجزية ويفرض لهم العطاء ويشتركون مع سائر الأمة فى حق الملكية العامة الشائعة لرقاب الأرضين وإذا بقوا على دينهم فإن الجزية تجب عليهم مقابل تعهد المسلمين بالدفاع عنهم والمنعة لهم .

فالجزية يقابلها عوض المنعة والدفاع وآية ذلك أن خالد بن الوليد رضى الله عنه عندما صالح أهل الحيرة عاهدهم على المنعة فإن لم يمنعهم فلاشىء عليهم حتى يمنعهم[٥٥] . ويؤكد ذلك الذى قلناه مارواه أبو يوسف والبلازرى أنه حين جمع هرقل للمسلمين الجموع وبلّغ المسلمين إقبالهم إليهم لوقعة اليرموك ردّ المسلمون عن أهل حمص ماكانوا أخذوا منهم من الخراج وقالوا قد شُغلنا عن نُصرتكم والدفع عنكم فأنتم على أمركم وقال لهم أبو عبيدة رضى الله عنه : « وإنكم اشترطم علينا أن نمنعكم وإنا لا نقدر على ذلك وقد رددنا عليكم ما أخذنا منكم » وعندئذ قال أهل حمص « لولايتكم وعدلكم أحب إلينا مما كنا فيه من الظلم والغشم ثم انضموا إلى المسلمين وساعدوهم ضد الروم »[٥٦] .

بل إن المسلمين أسقطوا الجزية عن أهل الذمة عندما نهضوا معهم بواجب الدفاع حينما غزا حبيب بن مسلمة الفهرى أهل الجرجومة[٥٧] وأيضاً عندما توجه عبد الرحمن بن ربيعة إلى

---

(٥٣) انظر ما قاله الكمال بن الهمام فى هذا الشأن شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٣٧ ط الحلبى سنة ١٣٨٩ هـ وبداية المجتهد ج ١ ص ٣١١ والديمقراطية فى الإسلام للمرحوم عباس العقاد.

(٥٤) سورة الأنفال آية ٧٢ .

(٥٥) الطبرى التاريخ ج ٤ ص ١٤ وانظر الخراج لأبى يوسف ص ١٣٨ .

(٥٦) الخراج ص ١٣٩ وفتوح البلدان ص ١٤٣ . (٥٧) بلد شمال سوريا .

ناحية قزوين حيث عرض عليه عامل « والى » الفرس شهر براز الصلح على أن لايؤدى الجزية قائلا إنى بإزاء عدو كلب وأمم مختلفة ويدى مع أيديكم وجزيتنا إليكم النصر لكم والقيام بما تحبون وكتب إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بذلك فاستحسنه(٥٨) . وهذا يعنى : مايلى :

(أ) أن الجزية ضريبة مالية فى واجب الدفاع نظير ضريبة الدم التى يدفعها المسلم للدفاع عن الأمة .

(ب) التزام القيادة الإسلامية بحماية النفس والمال لأهل الذمة والدفاع الشرعى (الدولى) الجهاد عنهم .

(جـ) منحهم حرية العقيدة والعبادة .

(د) إن ذلك السابق الإشارة إليه ثابت من نصوص كتب العهود وقد أورد الطبرى مثالاً على ذلك ففى الكتاب الذى كتبه النعمان وحذيفة لأهل الماهين فى فارس جاء مايلى : « هذا ما أعطى النعمان بن مقرن أهل ماه بهرازان أعطاهم الأمان على أنفسهم وأموالهم وأراضيهم لايغيرون عن ملة ولايحال بينهم وبين شرائعهم ولهم المنعة(٥٩) .

---

(٥٨) تاريخ الطبرى ج ٤ ص ٢٥٦ .

(٥٩) الطبرى ج ٤ ص ٢٤٥ . هذا وقد قسم الفقهاء العالم إلى ديار ثلاث . دار إسلام ودار عهد وهى بلاد غير إسلامية ترتبط مع البلاد الإسلامية بموجب عهود ومواثيق . والإسلام يلزم أهله على ما عاهدوا قال تعالى فى سورة النحل : «وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً» وهذا يعنى أن علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من بلاد المعاهدين تحكمها العهود والاتفاقات التى تمت بين الطرفين وليس للمسلمين نقض هذه العهود ما لم يخش من غير المسلمين الغدر ـ كما أنه يشترط لنقض العهد إبلاغ الطرف الآخر حتى لا يكون قتاله بغتة وغدرًا قال تعالى فى سورة الأنفال : «وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين» وهذا عدل فى المعاملة حتى مع العدو . وأخيرًا دار حرب وهى بلاد لا تسرى فيها أحكام الإسلام كما أنها لا ترتبط مع ديار الإسلام بأى عهد أو ميثاق وترفض الدخول مع المسلمين فى عهد أو ولاء .

ونظرًا لأن أهل الإسلام مطالبون بالدعوة إليه بالحكمة والموعظة الحسنة فإن الدار لا تكون دار حرب إلا إذا حالت بين المسلمين ودعوتهم السلمية إلى الإسلام أو بتعبير المفكر عباس العقاد «أنه لا يعاب على الإسلام محاربة سلطة تقف فى طريقه وتحول بينه وبين أسماع المستعدين للإصغاء إليه لأن السلطة تزال بالسلطة ولا غنى فى إخضاعها عن القوة ولكن يعاب عليه أن يحارب فكرة يمكن أن تحارب بالبرهان والإقناع» . فمن يمنع المسلمين من نشر دعوتهم بالحسنى إنطبق عليه وصف دار الحرب ويكون واجب المسلمين فى هذه الحالة دعوة هذه الدار إلى الدخول فى الإسلام بالحسنى وطبقًا لقاعدة حرية المعتقد فإن تم ذلك للمسلمين كان وإن وجد من يحول دون وصول الدعوة فلابد من إزالته عن طريق السلم (المعاهدات) فإن رفض التعاهد مع المسلمين فلا مندوحة من الحرب ويقول ابن تيمية فى السياسة الشرعية «فمن لم يمنع المسلمين من إقامة دين الله لم تكن مضرة كفره إلا على نفسه» .

وأساس تقسيم الفقهاء المسلمين السابق للعالم أن الإسلام دعوته عالمية غير محدودة بمكان أو زمان ومن ثم لم يكن هناك مناص من ذلك فهو تقسيم واقعى أملته الضرورة العملية وهكذا نصل إلى أن الأصل فى علاقة دولة الإسلام بغيرها من الدول تحدده مواقف هذه الدول من دعوة الإسلام فإن كانت تحول دون إبلاغ الدعوة للناس فهى دار حرب وإن ـ

المطلب الخامس

العلاقة بين الدفاع الشرعي والعقوبة البدنية

ماسبق يفيد ضمنا أن الدفاع الشرعي ـ فى الفقه الإسلامى ـ ينقسم إلى ثلاثة أقسام هى :

١ ـ دفاع شرعى خاص (الصيال) .

٢ ـ دفاع شرعى عام (الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر) .

٣ ـ دفاع شرعى دولى (الجهاد فى سبيل الله لإعلاء كلمته) .

وحتى تتضح العلاقة بين الدفاع الشرعى والعقوبة على اطلاقها فإنه يجب معالجة المسائل التالية .

أولاً : تمهيد ـ عرف الفقهاء المسلمون الحسبة على أنها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واعتبروا ذلك واجب على كل مسلم وأساس الوجوب عندهم هو القدرة بالنسبة للمحتسب والإمام الغزالى وضع للحسبة أركانا أربعة محتسب ومحتسب عليه ومحتسب فيه ونفس الاحتساب ونظّم لكل ركن من هذه الأركان شروط ـ حيث اشترط فى المحتسب مثلاً التكليف والقدرة والعدالة[٦٠] وغير ذلك بيد أنه إذا كان أساس وجوب الحسبة هو القدرة فإن رجال السلطة أقدر من غيرهم على القيام بهذا العمل ومن ثم فإن بداية وظيفة المحتسب نشأت مع قيام الدولة الإسلامية وتولاها الخلفاء أنفسهم أو أنابوا عنهم من يتولاها تحقيقاً لتنفيذ القانون الإسلامى[٦١] .

ـ كانت بينها وبين دولة الإسلام عهد فهى دولة معاهدة . قال تعالى فى سورة البقرة : «وكذلك جعلناكم أمة وسطًا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدًا» وبموجب هذا النص تكون مهمة المسلمين مهمة عالمية تعنى العمل بكافة الطاقات لإنشاء وتشييد بناء إنشائى يرتبط بشرع الله وينفذ حكمه تحت شعار قومية إسلامية بعيدًا عن أناشيد الجنسية والوطنية .

(٦٠) انظر إحياء علوم الدين ج ٧ ص ٣١٢ المكتبة التجارية مصر بدون تاريخ .

(٦١) يقول الماوردى : فأما الأمر بالمعروف فى حقوق الآدميين فضربان عام وخاص فأما العام فكالبلد إذا تعطل شربه أو استهدم سوره أوكان يطرقه بنو السبيل من ذوى الحاجات فكفوا عن معونتهم فإن كان فى بيت المال مال لم يتوجه عليهم فيه ضرر أمر بإصلاح شربهم وبناء سورهم وبمعونة بنى السبيل فى الاجتياز بهم لأنها حقوق تلزم بيت المال دونهم ـ فأما إذا أعوز بيت المال كان الأمر ببناء سورهم وإصلاح شربهم وعمارة مساجدهم وجوامعهم ومراعاة بنى السبيل فيهم متوجهًا إلى كافة ذوى المكنة منهم .. ولا يتعين أحدهم فى الأمر به وان شرع ذوو المكنة فى عملهم وفى مراعاة بنى السبيل وباشروا القيام به سقط عن المحتسب حق الأمر به إلى أن يقول وأما الخاص فكالحقوق إذا مطلت والديون إذا أخرت فللمحتسب أن يأمر بالخروج منها مع المكنة إذا استعداه أصحاب الحقوق وليس له أن يحبس بها لأن الحبس حكم وله أن ـ

ثم جرى توزيع الأعباء العامة على عدد من الموظفين الذين يناط بهم ذلك والراجح أن وظيفة المحتسب استقلت عن غيرها فى نهاية القرن الثانى للهجرة « الثامن الميلادى » بعد ظهور المذاهب الأربعة الفقهية المعروفة(٦٢) وقيام المدن الإسلامية وانتظام الأسواق وماترتب على ذلك من إزدهار التجارة وتعدد دور الضرب ومهارة الذميين فى التبادل النقدى وظهور الزائف من النقود ونظام المصارف وأرباب الحرف واعتبر منصب المحتسب فى القرن الرابع الهجرى « العاشر الميلادى » من المناصب القيادية فى الدولة المسلمة نظراً لتعدد اختصاصاته(٦٣) ومنذ أن استقرت وظيفة المحتسب تضمنت بعض الكتب فصولاً تتعلق بالحسبة ووظيفتها أولاً ثم جرى تأليف كتب مستقلة الغرض منها مساعدة المحتسب فى تأدية واجباته . وهكذا حتى العصر الحاضر الذى مالبثت فيه قضية الحسبة أن أصبحت أثراً بعد عين - اللهم بعض الأعمال التى تناط بالنيابة العامة والقضاء المستعجل مثل الأمر الجنائى الذى تصدره النيابة العامة فى حالات خاصة معينة طبقا لما نصت عليه م ٣٢٥م من قانون الإجراءات الجنائية المصرى المضافة بالقانون ٢٨٠ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ والمعدلة أيضا بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ كما أن النيابة العامة دون غيرها تختص برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها وتحريكها وقد يشاركها فى ذلك جهات أخرى على سبيل الاستثناء كما أن القانون المصرى خول النيابة العامة الحق فى إقامة الدعوى أمام القضاء المدنى بشأن الجرد الذى أجراه المصفى لأموال التركة بعد موت المورث إذا ما تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم الأهلية أو غائب م ٩٥٢ ف ٢ من قانون المرافعات وبعض الأمور الأخرى المدنية كما أن النيابة لها حق التدخل اختياريا فى بعض الدعاوى التى تتعلق بالنظام العام والتى تتعلق بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر - وهى كما نرى - أمور تتعلق أساساً بحماية النظام العام والآداب ومكافحة الرذائل وفى ذلك تشابه مع سلطات المحتسب إلا أن سلطات الأخير أوسع اختصاصاً وبالتالى أعم نفعا وأكثر فائدة(٦٤) .

= يلازم عليهما لأن لصاحب الحق أن يلازم ... إلخ ما يفيد ضمنا أن الخليفة أو السلطان هو الذى كان يتولى بنفسه الحسبة أو ينيب عنه من يثق فيه ليتحقق من تنفيذ القانون . انظر الأحكام السلطانية ص ٢٤٥ - حتى نهاية الكتاب طبعة الحلبى مصر ١٣٩٣ هـ .

(٦٢) انظر معالم القربة فى أحكام الحسبة لمحمد بن أحمد المعروف بابن الأخوة ص ٥ ط سنة ١٩٣٨ ونهاية الرتبة فى طلب الحسبة ص ١٣٣ مصدر سابق . و The - Book of The - Prefect, p-16 مجموعة Gibb - Memoriol - Series . New Series XII نشر روبن ليى ١٩٣٨ م كمبردج

(٦٣) المصدر السابق وانظر الحضارة الإسلامية فى القرن الرابع الهجرى ترجمه محمد عبد الهادى أبو ديرة ج ٢ ص ٢٣٤ مصر سنة ١٩٤١ م

(٦٤) للمزيد من هذه المسألة انظر الأحكام السلطانية لأبى يعلى لاسيا فصل الفرق بين المحتسب والمتطوع ص ٢٨٥ وما بعدها والأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٤٥ وما بعدها ونهاية الرتبة فى طلب الحسبة نشره الدكتور الباز العرينى =

ومن الخير أن يثوب المشرع المصرى إلى ماضيه ويعيد بناء السلف التشريعى كى يعم الخير ويحمى النظام العام ونحن نتفق فى الرأى مع ما أبداه أستاذنا المرحوم محمد سلام مدكور فى المطالبة بجعل وظيفة الحسبة أساساً لعمل النيابة العامة(٦٥) . ويكون ذلك تطبيقاً عصرياً للحسبة .

ثانياً : الوحدة الموضوعية لأقسام الدفاع الشرعى :

مامن شك فى أن الغاية أو الهدف من الدفاع الشرعى بأقسامه الثلاثة السابقة تعنى منع الاعتداء الواقع بعنصريه المادى المتمثل فى النشاط الصادر من المعتدى والذى يشكل خطراً على حق تحميه الشريعة سواء أكان موضوع الاعتداء النفس أم العرض أم الشرف والاعتبار أم المال أم محذور نهى عنه الشرع أم الاستقلال السياسى وسلامة الوطن وحماية أمنه فى الداخل أو الخارج أو المعنوى وهو القصد الجنائى المتمثل فى تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه(٦٦) ويستوى فى ذلك الاعتداء أن يقع إيجاباً أو سلباً(٦٧) ومما هو جدير بالذكر أن العنصر المعنوى محل خلاف بين الفقهاء فى

= عام ١٩٤٤ فى القاهرة والحسبة فى الإسلام رسالة دكتوراه مقدمة من عبد الله محمد عبد الله والحسبة فى الإسلام لأستاذنا الشيخ إبراهيم الدسوقى الشهاوى ثم إحياء علوم الدين للإمام الغزالى ج ٢ .

(٦٥) القضاء فى الإسلام ص ١٥٥ .

(٦٦) التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٠٩ .

(٦٧) الاعتداء الذى يشكل جريمة قد يقع إيجابًا وقد يقع سلبًا والفقه الوضعى متضارب فى هذه المسألة إلى حد كبير فبعضهم يرى أن الجريمة لا يمكن أن تتم بالترك لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود إلا أن بعض الباحثين من الفقهاء يرى وجوب العقاب متى كان على الممتنع واجب وكانت رابطة السببية قائمة بين الامتناع وحدوث الموت أما المسألة من منظور الفقه الإسلامى هى اتفاق أكثر فقهاء المسلمين على أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريقة السلب والفاعل يستحق العقوبة كاملة فى هذه الحالة والشيرازى يقول فى المهذب ما نصه «وإن حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود لأنه يقتل غالبا» . وابن حزم يرى نفس الرأى أيضًا وهو فى ذلك يقول فى المسألة رقم ٢٠٩٧ . من استسقى قومًا فلم يسقوه حتى مات ـ فإن عمر بن الخطاب ضمنهم ديته ـ لكنه ملور رأيه بقوله ـ القولة فى هذا عندنا هو أن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء له البتة إلا عندهم ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت فهم قتلوه عمدًا وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثروا أو قلوا ـ إلى أن يقول وهكذا القول فى الجائع والعارى وكل ذلك عدوان ولا فرق . وقد قعّد رأيه العلمى على آيات ثلاث من القرآن الكريم هى «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» وقوله تعالى : «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» وقوله تعالى : «والحرمات قصاص» . وأما الأحناف فإن لهم رأيًا مختلفًا عما سبق وصاحب البدائع يقول «ولو طين على أحد بيتًا حتى مات جوعًا أو عطشًا لا يضمن شيئًا عند أبى حنيفة ويعلل الإمام أبو حنيفة رأيه بقوله : «إن الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش» والحق إن شاء الله هو ما ذهب إليه أكثر الفقهاء فى تقرير عقوبة القود على القاتل بالسلب أو الترك لأنه لا يعقل أن نخلى مسئولية امرأة تمتنع عن إرضاع طفلها حتى يموت جوعاً قائلين إن الجوع هو الذى أدى إلى الموت لا المرأة وأن وجه العدالة يحتم القود منها .

الجرائم غير العمدية فقد أوجب الأحناف الضمان لأن القتل أبيح للضرورة وذلك لايتنافى مع الضمان حيث لاوجود للدفاع الشرعى أما أبو يوسف فإنه يرى أنه لايجب الضمان فى قتل المجنون والصبى إذا صالا أما باقى المذاهب الفقهية تقريبا فقد ذهبت إلى عدم اشتراط أهلية الصائل[٦٨] .

وهذه الأقسام للدفاع الشرعى هدفها توفير الأمان سواء كان هذا الأمان أماناً فرديا بالدفاع عن حق الشخص المصول عليه أو غيره أم أمانا اجتماعيا بالدفاع عن قيم المجتمع وركائزه الأخلاقية أم كان هذا الأمان أماناً دولياً بالحفاظ على كيان الدولة المسلمة وسلامة أراضيها[٦٩] فى الداخل والخارج وإذا كان من حق بل من واجب المصول عليه الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله أو أى حق من حقوقه أو حقوق غيره مع إسقاط مسئولياته والتزاماته مدنيا وجنائياً تجاه الصائل ـ حتى ولو قتله والقتل هنا أقصى العقوبات البدنية فضلاً عن شرعيته ـ وأكثر من هذا أن المصول عليه لو لم يقم بواجبه ولم يقتل الصائل فإن واجب السلطان محاكمة الجانى والقصاص منه بالنفس أو فيما دون النفس حسب كل واقعة وهذا يعنى أن العقوبة البدنية واجبة النفاذ على كلا الفرضين ـ والفقه الإسلامى هنا يتفق وهذا الحكم لاتساقه وروح العدالة ولايقال عن ذلك إنها شريعة قطع أو رجم أو جلد ـ يقول صاحب الكنز فى موازنة دقيقة بين عدم شرعية الفعل وعقوبته ـ والتى هى فى ذاتها دفاع شرعى يقول « ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولاشىء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام . من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلا به ولا يجب على القاتل شىء لأنه صار باغيا بذلك وكذا إذا شهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شىء لما بينا ولايختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار فى المصر أو خارج المصر لأن السلاح لايلبث من اللبث الإبطاء والتأخير[٧٠] وهذه المسألة على الجملة محل اتفاق بين الشريعة الإسلامية والفقه الجنائى الوضعى[٧١] وبموجب ذلك تكون العقوبة البدنية المجازة من قبل الفقه الإسلامى خارجة عن دائرة النقد من قبل أنصار خصوم الشريعة الإسلامية قال الشافعى رحمه الله تعالى فى

---

(٦٨) انظر تبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ والمهذب للشيرازى وبهامشه النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب للركبى ط عيسى الحلبى ج ٢ باب أصول الفعل ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥ .

(٦٩) الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراه مقدمة من محمد سيد عبد التواب لجامعة القاهرة كلية الحقوق ص ٨٥ .

(٧٠) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١١٠ .

(٧١) انظر م ٢٤٥ ـ ٢٥١ من قانون العقوبات المصرى .

الأم « وإذا عض الرجل يد الرجل أو رجله أو بعض جسده فانتزع المعضوض ماعض منه من فم العاض فسقط بعض ثغره أوكله فلا شيء عليه لأنه كان للمعضوض أن ينزع يده من فم العاض ولم يكن متعديا بالانتزاع فيضمن » وقد قضى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بذلك .

وسواء كان أساس شرعية العقوبة البدنية هنا الاكراه من المعتدى أو التعزير أو إزالة الضرر أو الضرورة أو المصلحة أو بطلان العصمة كما يقول البعض ـ فإن الثابت أن شرعيتها محل اتفاق الفقهاء جميعاً بلا خلاف[72] .

وهذه الشرعية تحقق ردعاً خاصاً عن الجريمة كما أنها تعود بالنفع على الكافة .

ثالثا : الدفاع الشرعي ورجل الشارع :

والدفاع الشرعي العام بجناحيه الأمر والنهي إلى جانب كونه ركيزة أساسية من ركائز الدين أوكما يقول الغزالى إنه القطب الأعظم فى الدين وهو الذى ابتعث الله له النبيين أجمعين[73] فإنه يعتبر دفعا لعدوان وقع أو على وشك أن يقع على حقوق الناس حيث العدوان موجها ضد أوامر الشريعة ونواهيها ـ وهذا يستلزم أن المصول عليه هم جماعة المسلمين ومن ثم فإنه يصح من كل مسلم دفع هذا الاعتداء ـ وهذا وجه صلة وتشابه بين الصيال الخاص والصيال العام إن جازت التسمية حيث يجوز فى الصيال الخاص بل يجب على الغير القادر على رد الاعتداء وقوفه إلى جانب المعتدى عليه .

والماوردى يقول هنا فى هذا الموضع وهذا وإن صح من كل مسلم إلا أن هناك فرقاً بين المتطوع والمحتسب[74] والإمام الغزالى عبارته أكثر اشراقاً فى هذه الجزئية عند معرض حديثه على فساد اشتراط الإذن من الوالى لآحاد الرعية حتى يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر انظر إلى قوله : « فإن قيل فى الأمر بالمعروف إثبات سلطنة وولاية واحتكام على المحكوم عليه . ولذلك لم يثبت للكافر على المسلم مع كونه حقا فينبغى أن لايثبت لآحاد الرعية إلا بتفويض من الوالى وصاحب الأمر ؟ فتقول أما الكافر فممنوع لما فيه من السلطنة وعز الأحكام

---

(٧٢) انظر على سبيل المثال المغنى ج ١٠ ص ٣٥٤ والمهذب ج ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها والذخيرة ج ٨ ص ٣٦ وما بعدها والفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٧٥ وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢١ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٤ وما بعدها ونظرية الدفاع الشرعي د / يوسف قاسم ص ٤٧ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٧٣) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٣٠٦ .

(٧٤) ذكر الماوردى تسعة فروق بين المتطوع والمحتسب أعطى فيها صلاحية التعزير للمحتسب بحيث لا يتجاوز الحدود .

والكافر ذليل فلا يستحق أن ينال عز التحكم على المسلم وأما آحاد المسلمين فيستحقون هذا العز بالدين والمعرفة ومافيه من عز السلطنة والاحتكام لايحوج إلى تفويض كعز التعليم والتعريف إذ لاخلاف فى أن تعريف التحريم والايجاب لمن هو جاهل ومقدّم على المنكر بجهله لايحتاج إلى إذن الوالى وفيه عز الإرشاد وعلى المعرف ذل التجهيل وذلك يكفى فى الدين وكذلك النهى »[٧٥] وهذا يعنى صلاحية الدفاع الشرعى العام بل وجوبه على كل مسلم قادر مكلف ملتزم بشروط الدفاع بيد أنه يمكن القول « إن الدفاع الشرعى العام وإن صح من كل مسلم إلا أن سلطات المحتسب أوسع دائرة وأقوى شوكة » . بما له من ولاية كما أنه يتميز عن المتطوع بعلمه واجتهاده حتى يحمل الناس على رأيه ـ كما يقول أبو سعيد الإصطخرى بقوة السلطنة والولاية ـ ثم إن له أن يقيم من العقوبات البدنية تعزيرا على من يتأتى منه الوقوف فى مجالس الريّب ونطاق التهمة وغير ذلك وإن كان إبراهيم النخعى يرى أن واجبه تقديم الانكار أولاً ولايعجل بالتأديب قبل الانكار[٧٦] .

والعقوبة هنا ؟ لاريب دفاع شرعى عن جماعة المسلمين وضعت فى مكانها الملائم لإصلاح الخلل وتعقب مواطن الزلل حتى يعم النفع للجميع ولذلك أجاز الفقهاء للمحتسب أن يأخذ السادة بحقوق العبيد والإماء وأن لايكلّفوهم من الأعمال مالايطيقون وكذلك أرباب البهائم يأخذهم بعلوفتها إذا قصرّوا وأن لايستعملوها فيما لاتطيق إذاً فهى شريعة غاياتها مصالح المجتمع بكل مافيه من كائنات وجماد وحيوان وشجر وطرق وحفر ترع وأنهار وبناء مدارس وإنشاء مستشفيات وتوفير دواء .

رابعاً: الدفاع الشرعى وخطأ التجاوز أو إساءة استعمال السلطة أو الحق:

وماسبق لايعنى أن الفقه الإسلامى كلف أو أوكل إلى فئة من المسلمين « المحتسبين » باسم الدفاع الشرعى إيقاع العقوبة بالناس عبثا بلا ضوابط ولا معايير إنما هو العدل فى أبهى صوره وأساس هذا العدل ماوضعه الفقه الإسلامى من شروط لوالى الحسبة الذى يناط به تأديب الخارج على سلطان الشرع[٧٧] كما أن الأمر وثيق الصلة بمدى صلاحية المحتسب وموضوع الحسبة وكل ذلك غايته الأخذ بأسباب المصالح للمجتمع الإسلامى

(٧٥) الإحياء للإمام الغزالى ج ٢ ص ٣١٥ .
(٧٦) الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٤٩ وانظر أحكام أبو يعلى ص ٢٨٥ وما بعدها .
(٧٧) انظر أبو يعلى ص ٢٨٤ .

والتطلع إلى إنكار العدوان الظاهر ـ أما إن تجاوز الأمر هذه الدائرة فإن ولى الأمر واجبه معاقبة من أساء استعمال السلطة .

روى ابن الجوزى فى سيرة الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ـ أن عمر خطب فقال فى بعض كلامه « ألا وإنى والله ما أرسل عمالى ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسنتكم فمن فعل به سوى ذلك فليرفعه إلىّ فوالذى نفسى بيده إذاً لأقصنه » أى لآخذن له القصاص ، فوثب عمرو بن العاص فقال ـ يا أمير المؤمنين ـ أفرأيت إن كان رجلاً من المسلمين على رعيته ـ فأدب بعض رعيته إنك لمقصه منه ـ قال عمر إى والذى نفس عمر بيده إذاً لأقصنه منه إنى لأقص منه وقد رأيت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقص من نفسه [78] ألا لاتضربوا المسلمين فتذلوهم ولاتمنعوهم حقوقهم فتكفّروهم ولاتنزلوهم الغياض فتضيعوهم [79] .

وما سبق يعنى أن العامل أو المحتسب إذا خرج عن حدود ولايته وأنزل ببعض الرعية عقوبة بدنية أو غيرها لم تكن موافقه للحق وللعدل وجب القصاص منه عدلاً ومصلحة للناس بل إن عمر بن الخطاب رضى الله عنه توسع عند اجتهاده فى هذا الشأن ـ حيث رأى أن أبناء الأمير الذين يعتدون على الناس إنما يعتدون عليهم بسلطان الأمير فوجب أن يتناول القود فى هذه الحالة الأمير نفسه لأنه لولا وضعهم منه لما سولت لهم أنفسهم أن يتطاولوا على حريات الناس وأن يعتدوا عليهم وأن ينالوهم بالأذى .

عن أنس بن مالك قال : كنا عند عمر بن الخطاب إذ جاءه رجل من أهل مصر فقال ـ يا أمير المؤمنين هذا مقام العائذ بك ـ قال عمر ومالك ؟ .

قال أجرى عمرو بن العاص الخيل بمصر فأقبلت فرس لى فلما تراءاها الناس قام محمد بن عمرو فقال فرسى ورب الكعبة ـ فلما دنا منى عرفته ـ فقلت فرسى ورب الكعبة فقام يضربنى بالسوط ويقول خذها . خذها وأنا ابن الأكرمين ـ قال أنس فوالله مازاد عمر على أن قال أجلس ثم كتب إلى عمرو : إذا جاءك كتابى هذا فأقبل وأقبل معك بإبنك محمد قال ـ فدعا عمرو إبنه فقال أأحدثت حدثا أجنيت جناية ؟؟.. قال لا ـ قال فما بال عمر يكتب فيك ـ قال أنس .

---

(٧٨) لعل الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه يعنى ما وقع يوم غزوة بدر حيث روى ابن هشام فى سيرته أن الرسول صلى الله عليه وسلم عدل صفوف أصحابه يوم بدر وفى يده قِدْح «سهم» يعدّل به القوم فمر بسواد بن غزيه وهو مستنتل «متقدم» من الصف فطعن فى بطن سواد بالقدح وقال استو ياسواد فقال يارسول الله أوجعتنى وقد بعثك الله بالحق والعدل فأقدنى فكشف عليه الصلاة والسلام عن بطنه وقال «استقد» ج ١ ص ٦٢٦ .

(٧٩) سيرة ابن الجوزى ص ٧٠ وما بعدها .

فقدما على عمر فوالله إنا لعند عمر بمنى إذ نحن بعمرو وقد أقبل فى إزار ورداء فجعل عمر يلتفت هل يرى إبنه فإذا هو خلف أبيه فقال : أين المصرى ـ قال ها أنذا ـ قال دونك الدرة أضرب ابن الأكرمين ـ اضرب ابن الأكرمين ـ قال أنس فضربه حتى أثخنه ثم قال عمرـ اجعلها على صلعة عمرو فوالله ماضربك إلا بفضل سلطانه فقال ياأمير المؤمنين لقد ضربت من ضربني ـ فقال عمر أما والله لو ضربته ماحلنا بينك وبينه حتى تكون أنت الذى تدعه ثم قال لعمرو : إيه ياعمرو متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً ـ ثم التفت إلى المصرى فقال انصرف راشداً فإن رابك ريب فاكتب إلى"[80] .

وليس خطأ التجاوز أو إساءة استعمال السلطة أو الحق قاصرا على نوع معين من أنواع الدفاع الشرعى فالفقه الإسلامى لايوظف الدفاع الشرعى بأقسامه للجور على الناس فمن أنيط به حسبة أو أُمّر على جيش مسلم ملزم بعدم إساءة استعمال السلطة ـ كما أن تناسب أفعال الدفاع مع خطر الاعتداء أمر لزومى وحكمى فى الفقه الإسلامى مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف وملابسات كل واقعة بما فى ذلك الأشخاص والزمان والمكان ـ يقول الكاسانى فى بدائعه « ولو أشهر على رجل سلاحاً نهاراً أو ليلاً فى غير مصر أو فى مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شىء عليه وكذلك إن شهر عليه عصا ليلا فى غير مصر أو فى مصر وإن كان نهاراً فى مصر فقتله المشهود عليه يقتل به والأصل فى هذا أن من قصد قتل إنسان لايهدر دمه ولكن ينظر إن كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لايباح له القتل وإن كان لايمكنه الدفاع إلا بالقتل يباح له القتل لأنه من ضرورات الدفع »[81] .

وليس الكاسانى من مفكرى الحنفية وحده بدعاً فى هذا القول إنما كل فقهاء المذاهب الإسلامية قالوا بما قاله الكاسانى فالشيخ الشربينى من علماء الشافعية يقول أيضا فى هذا الشأن « ويدفع الصائل بالأخف فالأخف إن أمكن والمعتبر عليه ـ الظن فإن أمكن دفعه بكلام واستغاثه حرم الدفع بالضرب أو أمكن دفعه بضرب يد حرم السوط أو أمكن دفعه بالسوط حرم العصا أو أمكن دفعه بقطع عضو حرم القتل لأن ذلك جوز للضرورة[82] وهذا أمر متفق على جوهره بين كل المذاهب الفقهية على اختلاف مشاربها واتجاهاتها الفكرية[83] .

---

(٨٠) المصدر السابق ص ٧٣ .

(٨١) البدائع ج ٧ .

(٨٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٦ .

(٨٣) انظر على سبيل المثال الأم للإمام الشافعى رضى الله عنه ج ٧ ص ٢٩١ ، ٢٧٣ وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٢ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ١٨٥ والمحلى ج ١١ ص ١٢ مسألة ٢١١٢ والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٥٦ والبحر الزخار ج ٥ ص ٢٦٩ .

والقصاص أو أخذ الحق ممن أخطأ تجاوزاً أو أساء استعمال السلطة أو الحق فى الفقه الإسلامى أمر لامندوحة عنه يقول الإمام الشافعى رضى الله عنه : « بلغنا أن عمر أرسل إلى امرأة ففزعت فأجهضت مافى بطنها فاستشار عليا رضى الله عنهما فأشار عليه بدية »[٨٤] ويبدو أن الارسال صحبه مايحمل معنى الخوف وإلا فإن مجرد الارسال من الوالى إلى أى أحد من الرعية لايمثل خطأ أو تجاوزاً لاستعمال حق أو سلطة وأكثر من هذا يفترض الفقه الإسلامى الحصافة من الإمام والحيطة منه حتى لايصدر منه للرعية أى خطأ أو تجاوز غير مشروع فلو حد الإمام رجلاً بشهادة عبدين أو عبد وحر أو ذمى ومسلم أو شهادة غير عدلين فى أنفسهما أو غير عدلين على المشهود عليه حين شهدا فمات فإن على الحاكم أو عاقلته دفع الدية لأن الخطأ فى الحكم هنا أساسه الاهمال من الحاكم ومن ثم فإن عليه أن يتحمل تبعته[٨٥] .

ولايغيبن عن البال فى أن الأمر كذلك فى الدفاع الشرعى الدولى ففى سيرة ابن الجوزى « خرج جيش فى زمن عمر نحو الجبل وانتهوا إلى نهر ليس عليه جسر فقال أمير ذلك الجيش لرجل من أصحابه ــ انزل فانظر لنا مخاضة نجوز فيها وذلك فى يوم شديد البرد فقال الرجل إنى أخاف إن دخلت الماء أن أموت فأكرهه فدخل ــ فقال الرجل ياعمراه ياعمراه ثم لم يلبث أن هلك فبلغ ذلك عمر وهو فى سوق المدينة فقال ــ يالبكياه يالبكياه وبعث إلى أمير ذلك الجيش فنزعه وقال : « لولا أن تكون سنة لأقدت منك لاتعمل لى على عمل أبدا »[٨٦] .

والواضح مما سبق أن أمير الجيش قدر فأخطأ التقدير مما أدى إلى هلاك أحد أفراد الجيش لا لغرض شخصى وإنما لدفاع شرعى دولى مفروض على المسلمين ــ وهنا خطأ تقدير مصحوب بنية حسنة ولذا رأى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن هذا الخطأ فى التقدير لايستوجب القود ولكن ألمه على هلاك الجندى بسبب الخطأ حمله على تمنى القود وإنما حال بينه وبين ماتمنى خوفه من أن يجرى عمله هذا سنة واكتفى بعزل أمير الجيش ودفع دية الجندى المتوفى من بيت المال[٨٧] .

وحسبنا بهذا الفعل من عمر عقوبة فالعزل واقرار عدم الصلاحية الدائم عقوبة مستمرة

---

(٨٤) الام ج ٧ ص ٩٣ .

(٨٥) الأم ج ٧ ص ٩٤ .

(٨٦) انظر ص ٩٠ .

(٨٧) انظر تعليق الأستاذ ظافر القاسمى على هذه الواقعة نظام الحكم فى الشريعة ص ٥٧٨ ط دار النفائس بيروت ١٣٩٧ هـ .

تحمل فى طياتها تجدد الألم النفسى الذى قد يفوق العقاب البدنى وهكذا نلمح الوحدة الموضوعية لأقسام الدفاع الشرعى التى غايتها العدل ليس عدل العقوبة فقط وإنما عدل العلاقة بين الفرد ونفسه وبينه وبين الناس وبين الحاكم والرعية وقد أعطى الإسلام لكل هؤلاء حق الدفاع العام والنكتة التشريعية فى ذلك ـ فيما نعلم ـ أن الإسلام لايوزع عنايته على الأفراد فى جانب وعلى الجماعة فى جانب آخر فمثل هذا الفصل غير وارد فى دين الفطرة ـ وإنما مثل الأفراد والجماعة كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى فالجماعة لاتصح وخلاياها مريضة وحتى لايعم الوباء بالعدوى والتى قد تبدأ بفرد واحد أو عدد محدود من الأفراد كان من حق الفرد الدفاع عن نفسه فيما لو أصابه مكروه ومن حقه أيضا أن يدافع عن الغير وعن الجماعة ومن حق الجماعة أن تدافع عن نفسها كل ذلك فى إطار الشريعة التى تعنى إلى جانب التنسيق فى العلاقات بين الأفراد والمجتمع أو بين الحاكم والمحكوم وتوازن بين المصالح بعضها على بعض فتقدم الأكثر رعاية للناس على غيرها .. أقول التى تعنى إلى جانب ماسبق من الكمالات الخلقية والمثل العليا فهى شرعية إسلامية تمزج بين قواعد الخلق والتشريع إذ تراها تجمع بين العدل والإحسان فمن العدل(٨٨) أن يكون للفرد بل للأمة دستورية الدفاع الشرعى عن النفس والمال وعن النظام الاجتماعى لها . فإذا ما تقاعس بعض أفراد المجتمع عن واجبهم فى النهى عن المنكر كانت يد المحتسب طويلة حيث يجب الطول وهذا العدل فى صوره التنفيذية على مستوى الدفاع الشرعى بأقسامه السابقة يعنى الإحسان أيضا وهكذا فالاقتضاء والتسامح والمقاصة والعفو والعدل والإحسان مصطلحات نبتت وترعرعت أصولاً تشريعية فى الفقه الإسلامى للجمع بين النظام المدنى والروحى معا وهذه خصوصية تميز بها القانون الإسلامى .

خامساً : الدفاع الشرعى وحالة الضرورة :

يرى البعض أن الدفاع الشرعى نوع من الضرورة وبذلك يعد الدفاع الشرعى تطبيقا من تطبيقات القاعدة الكلية الفقهية « الضرورات تبيح المحظورات »(٨٩) وهذا يعنى أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة أو الاكراه الملجئ مثل أكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعة وكذلك أكل لحم الخنزير واساغة اللقمة بالخمر عند الغصة أو العطش .

(٨٨) يقول شيخ الإسلام ابن تيميه عليه رحمة الله «إن الناس لم يتنازعوا فى أن عاقبة الظلم وخيمة وعاقبة العدل كريمة ولهذا يروى أن الله ينصر الدولة العادلة وإن كانت كافرة ولا ينصر الدولة الظالمة ولو كانت مؤمنة». الحسبة ص٦.

(٨٩) هذه القاعدة علاقتها مؤكدة بقاعدتى «لا ضرر ولا ضرار» والمشقة تجلب التيسير وأصل هذه القاعدة قول الله تعالى فى سورة الأنعام «وقد فصّل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه».

أنواع الرخص والضرورة :

والفقهاء يرون أن الرخص التى تخرج على قاعدة الضرورة أنواع .

(أ) نوع يفيد إباحة المرخص به فى ذاته مادامت حالة الضرورة قائمة وكذلك عند الإكراه الملجئ الذى يترتب عليه قتل المكره وهنا يباح الممنوع شرعا ويحرم الامتناع من المضطر أو المكره ولو امتنع حتى مات أو قتل كان آثماً لأنه بامتناعه ذهب بنفسه إلى التهلكة وقد نهى عن ذلك ـ قال تعالى : « إلا ما إضطررتم إليه » وقال أيضا « ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة »[٩٠] .

وما سبق من أمثلة يندرج تحت هذا النوع من الرخص .

(ب) نوع من الرخص لاتسقط حرمته بحال ـ بمعنى بقاء الفعل على حرمته لكن رخص فى الاقدام عليه لحالة الضرورة كإتلاف مال المسلم والضمان على المكرِه وليس المكرَه وكذلك القذف فى العرض أو إجراء كلمة الكفر على اللسان مع ثبات القلب بالإيمان فالرخصة هنا أثرها انصب على تغيير حكم الفعل لا تغيير وصفه أو صفته « حرمته » .

(جـ) أفعال لاتباح بحال ولا يرخص فيها أصلاً لابالإكراه التام ولاغيره كقتل المسلم أو قطع عضو منه فمثل هذه الأفعال لايباح الاقدام عليها ولايرخص بدستوريتها ولاتسقط المؤاخذة عنها وذلك تطبيقا لقاعدة الضرر لايزال بمثله ثم إن القواعد العامة تحرّم قتل النفس تحريماً مؤكداً أو كلياً بصفة قاطعة وبلا استثناء .

ومن هنا نجد أن صور الضرورة السابق ذكرها تتسق والعدالة وأساس ذلك أن الضرورة فى النوع الأول لاتسقط الضمان لو أخذ الشىء من مال الغير لكنها ترفع حكم الفعل وصفته وفى النوع الثانى تسقط الضرورة المؤاخذة فقط لكن لاتسقط صفة الفعل ولا الضمان وفى النوع الثالث لاتسقط المؤاخذة ولا الصفة ولا الضمان .

وبعض الفقهاء يرى أن المسلم لو زنى تحت الإكراه التام فإن الحد يسقط للشبهة لكن الإثم لايرفع[٩١] والبعض الآخر يذهب إلى عكس ذلك لأن طبيعة الأفعال المادية المكونة لجريمة الزنا لاتتفق والإكراه ويحتاج الأمر إلى بعض الأمثلة لتطبيقات عملية فى هذا الشأن مثل رفع الإثم عن نظر الطبيب إلى الممنوع شرعا من المرضى وسقوط الإثم عن أخذ مال

---

(٩٠) البقرة آية ١٩٥ .

(٩١) انظر فى هذا أشباه السيوطى ص ٨٤ والمواهب السنية شرح الفرائد البهية للإمام عبد الله بن سليمان الجرهزى الشافعى هامش الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨٨ طبعة دار الفكر بدون تاريخ ومجلة الأحكام العدلية م ٢٢ وللمرحوم الشهيد عبد القادر عودة تفصيل لشروط الضرورة يمكن الرجوع إليها انظر الجزء الأول ص ٥٧٧ .

الغير فى المخمصة وأخذ رب الدين من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير إذنه إذا ظفر بجنس حقه لكن هل يعتبر من التطبيقات العملية فى هذا الشأن جواز دفع الصائل ولو أدى ذلك الدفع إلى قتله إن لم تكن هناك مندوحة للمصول عليه غير ذلك ويعد هذا الفعل من قبيل الدفاع أو رد العدوان المسقط للعقوبة وغيرها فى حق المدافع أم ماذا يكون الأمر ؟؟...

والجواب عن ذلك نبدأه بالتأكيد على ماسبق قوله عند الحديث عن أنواع الرخص والضرورة بمعنى أن الفقه الإسلامى يرى أن الضرورة ليس لها أى أثر على جرائم النفس أو مادونها فليس للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يقطع عضوه أو يجرحه ليفوز بنفسه من مهلكة محققة الوقوع به . استثناء على قاعدة أن الضرر يزال وهذا ليس بصحيح من وجهين .

أولهما : أن الفقه الإسلامى وإن فرّع على قاعدة لاضرر ولاضرار قاعدة الضرر يزال إلا أنه فرع عليها أيضا قاعدة الضرر لايزال بمثله أو بالضرر حيث تعتبر الثانية قيداً على الأولى وعلى ذلك فلا يجوز مثلاً لإنسان محتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعا أن يأخذ مال محتاج مثله وابن قدامه يقول فى ذلك « إذا أصابت الضرورة خلقا كثيرا وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله لم يلزمه بذلك للمضطرين وليس لهم أخذه لأن ذلك يؤدى إلى وقوع الضرورة به » وهذا القول محل اتفاق جميع الفقهاء تقريبا .

ثانيهما : أن عنصر العدوان هنا غير مؤكد من الطرف غير المضرور ومن ثم فإنه لايجوز قتل الممتنع عن اغاثة إنسان مضرور من قبله أو غيره إلا إذا كان الممتنع هو الشخص الوحيد الذى يستطيع إنقاذ هذه النفس ولم يفعل . وهنا يتحقق العدوان الذى يوجب دفاعاً يبدأ من الأدنى كالصياح وحتى الأعلى « قتل الممتنع » لوقوع العدوان منه على غيره من المسلمين حيث يستوى العدوان فى هذا الموضع إيجابا أو سلبا(٩٢) والضرورة فى الفقه الوضعى تعنى وضعاً يجد فيه الفاعل نفسه أو غيره مهدداً بخطر جسيم حال لاسبيل إلى دفعه إلا بارتكاب جناية . وهنا تلتقى الضرورة والدفاع الشرعى لنشاط الفاعل الذى يرتكب جناية لدفع خطر أو تجنب ضرر حال(٩٣) وقانون العقوبات المصرى يعتبر الضرورة مانعا من موانع المسئولية مما يرتب على الشخص مسئولية مدنية ويرى بعض فقهاء القانون الجنائى أن الضرورة سببا من

---

(٩٢) انظر ـ المغنى ج ١١ ص ٨٠ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٣ وما بعدها وبدائع الصنائع ج ٦ كتاب الشرب ص ١٨٨ وما بعدها ونظرية الضرورة أ.د يوسف قاسم ص ٢٩٣ .

(٩٣) للموازنة بين اتفاق واختلاف الضرورة والدفاع الشرعى من حيث طبيعة الخطر فى كليهما ومصدره وتكييف سلوك المدافع والمضطر... إلخ . انظر شرح قانون العقوبات القسم العام د. نجيب حسنى ص ١٩٨ .

أسباب الإباحة على أساس أن المضطر أمامه مصلحتان متعارضتان لابد أن تختص إحداهما بمراعاة المصلحة الأفضل من الناحية الاجتماعية وهو عمل بعيد عن الأنانية ويرد أصحاب هذا الرأى على القول بأن الفعل يمس مصلحة برىء بأن هذا ليس وليد فعل شخصى من الفاعل وإنما وليد الظروف الخارجية المادية المفاجئة بل إن أصحاب هذا الرأى يقولون من أن اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة أقرب من الدفاع الشرعى المقترن بالانتقام والذى خلا منه فعل الضرورة الأكثر براءة وإنسانية[94] . والفقه الإسلامى فيما ذهب إليه كما سبق يكيف دفاع المضطر عن نفسه بقتله الممتنع عن إنقاذه ـ فيما نظن بالدفاع الشرعى وليس مانعا من موانع المسئولية بل إن الإمام ابن حزم صرح بذلك حيث وصف الممتنع بأنه فئة باغية ذلك أن امتناع من يملك إنقاذ نفس شارفت على الهلاك دون ضرر يقع عليه كما أن المضرور ليس له وسيلة لإحياء نفسه إلا قتل الممتنع . يعتبر إعتداء يجب مقاومته بأى وسيلة كانت ورد هذا الإعتداء أو مقاومته إنما يتسق ومفهوم الدفاع الشرعى تماماً كما يتفق وظواهر النصوص قال تعالى : « ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة »[95] وقال أيضا « ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما »[96] كما أن ما أورده الفقيه الكاسانى يتفق وهذا النظر أيضا فيما روى أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلواً فأبوا فقالوا لهم إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح[97] ولايوضع السلاح إلا فى معتدى تجاوز اعتدائه وامتد لإهلاك غيره مما يوجب على الطرف المعتدى عليه الدفاع عن نفسه قبل هلاكها وهذا حكم يتسق والعدالة تماما لردع الظلم والعدوان المنهى عنه لا فى ملة الإسلام فقط . بل فى جميع الملل ـ وإذا كان المبدأ العام فى الفقه الجنائى الإسلامى أن العقوبات تتفاوت بتفاوت الجنايات ـ فإن جناية الممتنع عن إنقاذ الغير عمدا مع إصراره على ذلك أمر يستوجب خلاص المجتمع منه لخسيسة نفسه التى نهى الإسلام عنها والتى تمثل قتلاً مع سبق الاصرار وقد يمزج بالتشفى وغنى عن الذكر أن المضرور لو أحدث بالممتنع جناية على مادون النفس كالقطع والجرح ـ حسب التصور السابق فلا شىء عليه لأنه مأذون له فى مقابلته فإن جرح المعتدى أو قطع واستجاب بعد ذلك للمضطر فجرحه أو

---

(٩٤) نقل هذا الرأى عن د / محمود محمود مصطفى وغيره والباحث محمد سيد عبد التواب فى رسالة الدكتوراه المقدمة لجامعة القاهرة كلية الحقوق «الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى» ص ٧٢ .

(٩٥) البقرة ١٩٥ .

(٩٦) النساء آية ٢٩ .

(٩٧) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٨٩ .

قطعه هدر لاقصاص فيه ولاديه لأن الأكبر يجب الأصغر ويجب على المضطر أن يوقف مقاتلته فور استجابته . وكل ذلك مع عدم الإخلال بالقاعدة الفقهية وهى أنه لامساغ شرعى للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يجرحه أو يقطعه لينجى نفسه من مهلكة وقعت به .

سادسا : الدفاع الشرعى وسلطة الدولة فى العقاب :

الأصل فى أى تشريع أن ينظم الروابط بين الدولة صاحبة السلطان العقابى وبين الأفراد كما ينظمها بين الأفراد بعضهم بعضا أيضا والهدف من ذلك هو حماية المصالح الجوهرية المشتركة لا باعتبارها مصالح فردية خاصة وإنما باعتبارها مصالح عامة تهم المجتمع فتحريم السرقة والقتل مثلاً لا يهدف إلى حماية مال خاص أو حياة شخص معين فإضفاء الحماية التشريعية على المصالح العامة أمر يعد من أصول أى تشريع ولهذا نجد من الأصول العامة للفقه الجنائى عدم الاعتداء بتنازل المجنى عليه عن حقوقه فى بعض المواطن حيث هذا التنازل يعتبر صادراً ممن لاصفة له بل إن رضا المجنى عليه قبل وقوع الجريمة لا أهمية له فى بعض الأحوال حيث تبدو الأهمية الاجتماعية للحق ظاهرة ومن ثم يعتبر رضا المجنى عليه إفتيات على المصالح العامة على أن الحقوق التى تتضاءل فيها الأهمية الاجتماعية أمام المصلحة الخاصة يجوز التنازل عنها(٩٨) .

يقول الإمام العز بن عبد السلام فى شأن ترجيح المصالح العامة عند التعارض مع

---

(٩٨) هذا أمر متفق على جوهره بين رجال الفقه الجنائى الإسلامى والوضعى وأساس ذلك أن الفقه الجنائى الإسلامى قسّم الجرائم إلى قسمين القسم الأول جرائم ماسة بكيان المجتمع ويدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسًا شديدًا وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف والنوع الأول منها يشمل جرائم الحدود التامة الزنا والقذف والشرب والسرقة والحرابة والردة والبغى . ولهذه الجرائم عقوبات مقدرة ليس لقاضى أو ولى الأمر شأن فى نقصها أو زيادتها طالما اكتملت الاجراءات التنفيذية فى عرض الأمر على القضاء وليس للمجنى عليه حق التنازل أو إسقاط حقه وعلة التشديد فى عقوبة هذه الجرائم مصلحة الجماعة أما النوع الثانى فيشمل جرائم القصاص والدية القتل العمد وشبه العمد والخطأ والجرح العمد والخطأ والعقوبة هنا القصاص أو الدية وللمجنى عليه أو وليه حق العفو دون الإمام ومع ذلك فإن الإمام يملك عقوبة تعزيرية حسب ما يرى فيه مصلحة أما القسم الثانى من الجرائم يشمل الجرائم التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبة غير مقدرة «تعزيرية» ولها أقسام متعددة ويجمعها جميعًا أنها ليست فى خطورة جرائم القسم الأول ولهذا اختلف حكمها عن سابقتها حيث يملك القاضى اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات كما يملك تقدير كمية العقوبة اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم ـ ومؤشر الفقه الجنائى الوضعى يشير فى مجمله إلى الأخذ بهذا الاتجاه انظر على سبيل المثال مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٦ والمغنى ج ٩ ص ٣٥٦ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٠٢ باب ما يوجب القود وما لا يوجبه وشرح قانون العقوبات د / محمود محمود مصطفى القسم العام والنظرية العامة للقانون الجنائى د / رمسيس بهنام .

المصلحة الخاصة مايلى « المصلحة العامة كالضرورة الخاصة ولو دعت ضرورة واحد إلى غصب أموال الناس لجاز له ذلك بل يجب عليه إذا خاف الهلاك لجوع أو حر أو برد وإذا وجب هذا لإحياء نفس واحدة فما الظن بإحياء النفوس بل إقامة هؤلاء أرجح من دفع الضرورة عن واحد »[٩٩] . وليس ثمة شك فى أن وظيفة القاعدة القانونية « أو النص التشريعى » هى عقد مجلس صلح بين المصالح المتعارضة وتغليب إحداهما « الأجدر بالرعاية » على الأخرى أو بعبارة الإمام الغزالى « دفع أشد الضررين وأعظم الشرين »[١٠٠] ، لاسيما وأن الفقه الإسلامى أجاز تقييد الحق الفردى « المصلحة الخاصة » كنتيجة لقضاء المصلحة العامة ومنح ولى الأمر الصلاحية فى ذلك إذا كان عدلاً[١٠١] ودائرة هذه الصلاحية لاتقتصر على الحق بمعناه الخاص أو المعين بل تشمل المباحات كذلك فحرية التجارة مقيدة بعدم تلقى السلع منعاً للضرر[١٠٢] .

وكذلك حق التملك فهو مقيد بما لايضر بجماعة المسلمين[١٠٣] ومن الأمثلة الواضحة فى هذا الشأن منع عمر بن الخطاب رضى الله عنه أعلام المهاجرين أن يخرجوا من المدينة إلا بإذن وإلى أجل حرصاً منه على أن يظلوا على أوضاع الإسلام الأولى فلا يفتنوا فى دينهم إذا نظروا إلى زخرف الدنيا خارج المدينة .

المهم أن سلطة الدولة فى العقاب تتمثل فى انتقال القاعدة العقابية إلى حيز التطبيق عند

---

(٩٩) القواعد ج ٢ ص ١٦٢ .

(١٠٠) المستصفى ج ١ ص ٣٠٣ وانظر مجلة الأحكام العدلية م ٢٦ .

(١٠١) يقول الإمام الشاطبى رحمه الله « فللإمام إذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً فى الحال » انظر الاعتصام ج ٢ ص ١٢١ .

(١٠٢) انظر الأم للإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه ج ٣ ص ٩٣ . ط دار الفكر بيروت .

(١٠٣) أورد الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه فى الأم أنواعًا من المعادن الظاهرة لا يفتقر استخراجها إلى مؤنة عن أن تكون محلاً للتملك وبعض المالكية يرى أن جميع المعادن جامدة أو سائلة ملكيتها خاصة بالدولة وليس لأى فرد حق التملك فيها فإذا استخرجها إنسان بإذن الدولة أو بغير إذن فإنها تكون مؤممة وطبقًا لهذا الرأى لو أن شخصًا يسير فى الصحراء فحفر بطلب الماء فوجد معدنًا فإنه لا يحل له بل عليه أن يقدمه للدولة لتكون ملكيته لجماعة المسلمين فإذا أذن الحاكم لأحد أن يبحث عن المعدن فله أجر عمله وأما ثمرته فللأمة وقد استند هذا الرأى إلى فعل النبى صلى الله عليه وسلم حيث أقطع بلال بن الحارث الهلالى المزنى معادن أرض على ساحل البحر بينها وبين المدينة مسيرة خمسة أيام .. وقيل إن إقطاعها كان إقطاع إنتفاع لا إقطاع ملكية لانشغاله صلى الله عليه وسلم بشئون الدولة الوليدة آنذاك وعدم وجود من يتفرغ لهذا من صحابته رضوان الله عليهم وليتمكن من أن يغير الوضع هو أو من يخلفه وهذا يؤكد أن المعادن بمختلف أنواعها ملك للدولة حيث تديرها بما هو أنفع للمسلمين انظر ما قاله فى هامش الشرح الصغير الشيخ أحمد بن محمد الصاوى ج ٢ ص ١٨٤ ــ ١٨٥ ط الحلبى مصر وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ٣١٦ ــ ٣١٧ والملكية فى الإسلام ٦ . د عيسى عبده ط المعارف مصر ص ١٩٦ وبحث التكافل الاجتماعى فى الإسلام للمرحوم الإمام/محمد أبو زهرة ط الدار القومية للطباعة والنشر مصر ص ٧٤ وما بعدها .

وقوع السلوك المجرّم وحينئذ تنشأ رابطة عقابية بين الدولة والجانى سواء نشأت سلطة الدولة فى العقاب منذ بدء الجريمة أو يوم صدور الحكم بالإدانة .

وسواء أكانت سلطة الدولة فى العقاب حقا شخصيا أم غيره[١٠٤] وبالنسبة للدفاع الشرعى الخاص فإن على الدولة ممثلة فى أجهزتها المختصة إضفاء الشرعية على ماقام به المصول عليه دفاعا عن نفسه أو نفس غيره أو ماله أو مال غيره مما يسقط عقوبته وإذا لزم الأمر فإن سلطان الدولة يجب أن يمتد لعقاب الصائل إذاكان ثمة موضع لعقوبة كما يجب أن لايصيب سلطان الدولة تقادم فى هذا الشأن فى أى وسيلة تهدف إلى معاقبة الجانى سواء

---

(١٠٤) يرى بعضْ فقهاء القانون الجنائى الوضعى بأن سلطة الدولة فى العقاب فى مواجهة المتهم حق شخصى ويستند فى هذا الرأى إلى أن الحرية فى استخدام الحق أو عدم استخدامه ليست لازمة كعنصر جوهرى فى وجود الحق الشخصى ذاته لأن هناك حقوقًا شخصية استخدامها واجب على صاحبها ولا يتناف مع اعتباركل منها حقًا شخصيًا أن يجتمع فى شخص صاحبها الحق والالتزام معًا وعلى ذلك فالحق فى توقيع العقاب من جانب الدولة يعتبر حقًا شخصيًا وإن كان فى الوقت ذاته وظيفة عامة كذلك تملك الدولة فى حالات استثنائية التنازل عن سلطة العقاب كما فى حالة العفو الشامل والعفو عن العقوبة ووقف تنفيذها والإخراج تحت شرط فضلاً عن أن فكرة الحق الشخصى فكرة عامة على كل فروع القانون ولا يضير الدولة والاحترام الواجب لسيادتها أن ينعت سلطانها فى إنزال العقاب بأنه حق شخصى لها قبل المجرم فلا تختلف الدولة فى المطالبة بهذا الحق عن أى فرد يطالب بحق له أمام القضاء فهى مثل الأفراد فى خضوعها للقانون بل إن الدولة تتقيد فى الدعوى العمومية بالذات بأكثر مما يتقيد به الفرد فى دعواه فلا يعفيها من واجب الالتجاء إلى القضاء اعتراف المجرم بجريمته بل استعداده التام لأن يخضع لعقوبتها على عكس الفرد العادى حيث يغنى صاحب الحق الشخصى من الأفراد عن الالتجاء إلى القضاء الوفاء الاختيارى لهذا الحق من جانب المدين انظر النظرية العامة للقانون الجنائى د / رمسيس بهنام وانقضاء سلطة العقاب بالتقادم لعوض الأحوال رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة كلية الحقوق ص ٧٠ وعن موقف الفقه الجنائى الإسلامى من هذه المسألة فإن أساسه فى نظرنا ـ نابع من طبيعة الحق الفردى فى الفقه الإسلامى والذى هو منحة من الله تعالى ومجرد وسيلة لتحقيق غاية وليس غاية فى ذاته كما أن الأصل فيه التقييد لا الاطلاق حيث قيد ابتداء بما قيدته به الشريعة من نصوص خاصة أو قواعد عامة أو مقاصد مطلوبة ثم إنه حق ذا طبيعة مزدوجة فلا يتسم بالفردية المطلقة كانعكاس طبيعى وحقيق لصفة الإنسان باعتباره كائنًا إجتماعيًا لا فردًا فطريًا منعزلاً فهو يجمع بين الفردية والاجتماعية والشاطبى يقرر أن كل حق فردى مشوب بحق.الله وهو الذى أنيط به المحافظة على حق الغير فردًا كان أم جماعة . ويمثل هذا القول . قال به صاحب الفروق أيضًا وهو فى ذلك يقول « ونعنى بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى وإنما يعرف ذلك بصحة الاسقاط فكل ما للعبد اسقاطه فهو الذى نعنى به حق العبد وكل ما ليس له اسقاط فهو الذى نعنى به حق الله تعالى وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد اسقاطه ويكون معه حق العبد كتحريمه تعالى لعقود الربا والفرد والجهالات فإن الله تعالى إنما حرمها صونًا لمال العبد عليه وصونًا له عن الضياع بعقود الفرد والجهل فلا يحصل المعقود عليه أو يحصل دينًا ونزرًا حقيرًا فيضيع المال فحجر الرب تعالى برحمته على عبده فى تضييع ماله الذى هو عونه على أمر دنياه وآخرته ولو رضى العبد بإسقاط حقه فى ذلك لم يؤثر رضاه ... إلخ » ومن المعروف أن هناك اتفاقًا بين فقهاء الشريعة على جوازية العفو عن الحق فى القصاص أو الدية وعن جرائم التعزير التى لا تمس الجماعة وهو عفو لا يمحو صفة التجريم عن الفعل المؤثم الذى ارتكب إخلالاً بالقواعد الفقهية وغاية ما يفيده هو رفع العقوبة عن الجانى مع عدم الإخلال بحق الدولة فى اتخاذ ما تراه متفقًا ومصالح ـ

كان فعل الصيال منصبا على جرائم الاعتداء على النفس أو مادونها أو جرائم الاعتداء على العرض وإفساد الأخلاق أو جرائم الاعتداء على المال والقول بغير هذا يسقط أو يسلب من واجبات الخليفة « الحاكم » حماية البيضة والذب عن الحريم ليتصرف الناس فى المعايش وينتشروا فى الأسفار آمنين كما يخلع أو ينزع واجب إقامة الحدود فى المجتمع الإسلامى والسلطة التنفيذية التى يتبعها رجال الشرطة والتى تخضع لسلطان الحاكم عليها عبء العمل على استقرار الأمن داخل بلاد المسلمين حماية للنفس والعرض والمال ـ يقول الماوردى والذى يلزم السلطان أمور منها « حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة فإن نجم مبتدع أو ذاع ذو شبهة عنه أوضح له الحجة وبين له الصواب وأخذه بما يلزمه من الحقوق والحدود ليكون الدين محروساً من خلل والأمة ممنوعة من ذلل »(١٠٥) .

= الجماعة تعزيرًا وعلة ذلك ـ كما يقول الباحث المسلم الدكتور محمد سليم العوا وبحق ـ «إن تجريم الفعل هنا ليس من صنع السلطة التشريعية فى الدولة وإنما هو من صنع الشريعة الإسلامية فى نصوصها المختلفة لأن القول بجوازية العفو الشامل الذى يمحو عن الفعل وصفه الإجرامى منذ وقوعه ـ فى هذه المسألة ـ لا يتم إلا بنص مساو فى القوة الدستورية للنص الذى خلع على ذلك الفعل وصف الجريمة » وذلك أمر مستحيل لأن العبد وإن جاز له التشريع فيما لا نص فيه إلا أن التشريع لله ابتداء .

وجرائم الحدود لا يجوز فيها العفو ولا الشفاعة ولا الصلح حيث دستورية نصوصها لا يملك أحد الطعون فيها ولا يوجد نص يسمو عليها فيؤثر فيها تعديلاً أو إلغاء أو تخفيفًا مع عدم الإخلال بقاعدة درء الحدود بالشبهات يقول ابن عابدين فى مسألة الإكراه على الزنا ما نصه «إن الإكراه لا يخرج الفعل عن كونه زنا وإنما هو عذر مسقط للحد وإن لم يسقط الإثم كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإثم» .

وأما جرائم التعازير فإن ما ورد بشأنه نص دون عقوبة كشهادة الزور والرشوة والسب الذى لا يرق إلى درجة القذف أو ما شابه ذلك فإن هذا النوع من الجرائم ـ نرى ـ أنه لزامًا على الدولة إقتضاء حقها فى العقاب كلما كانت الجريمة تشكل اعتداء على حق الجماعة كالرشوة والتعامل الربوى لأن القول بغير ذلك لا يتفق ومقاصد الشرع وفيه إهدار لحقوق الناس وكذلك الحكم فى كل سلوك يقرر تجريمه والعقاب عليه من السلطات التى يفوض إليها اختصاص التشريع بعد إعلام الكافة به إذا كانت الجريمة تشكل اعتداء على حق الجماعة فلا يجوز العفو الشامل هنا لنفس العلة السابقة أما الجرائم التى تمثل اعتداء على حق شخصى فإنه وإن جاز للمجنى عليه إسقاط حقه فإن الدولة فى تقديرنا تكون ملزمة بإعمال سلطانها فيما يعود بالنفع العام على الكافة بمعنى التدقيق فى شخص الجانى وظروف كل واقعة من جميع جوانبها على حدة فإن رأت أن الأصلح إحداث عفو عام شامل أخذت به وإلا فإن عفو المجنى عليه لا يحدث أثره إلا فى إسقاط العقوبة فقط .

وهكذا يمكن القول بأن سلطة الدولة فى العقاب من منظور الفقه الإسلامى مزيج من الحق العينى والحق الشخصى يتسم بالمرونة والموضوعية لتحقيق مصالح الناس وإن كان يغلب عليه طابع الحق العينى أكثر من الشخصى مما ينعت سلطان الدولة بقوة الاقتضاء من الجناة لزومًا وإلزامًا . انظر حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٣٢ وتبيين الحقائق ج ٦ ص ٩٨ ـ ٩٩ والفروق ج ١ ص ١٤١ والموافقات ج ٢ ص ٣٧٥ وفى أصول النظام الجنائى الإسلامى ا . د محمد سليم العوا ص ٧٦ والأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٤٠ ولأبى يعلى ص ٢٧٩ .

(١٠٥) الأحكام السلطانية ص ١٥ وانظر أبو يعلى ٢٧ .

وأما مايتعلق بالدفاع الشرعى العام فإن واجب السلطان أن يمكن من إقامة شعيرة الدفاع الشرعى العام بأن ينشيء من الأجهزة المتخصصة مايكفل بإقامة هذا الواجب على أكمل وجه وأن يمنح هذه الأجهزة دستورية وشرعية فى عملها حتى ولوكان عقوبة بدنية أو غيرها على من يستحقها حبذا لو تم ذلك فى صيغة عصرية نظيفة تحقيقا لمقاصد الشرع وترتيبا فقهيا سليما للسياسة الداخلية للأمة ـ يقول ابن خلدون فى مقدمته عن وظيفة المحتسب « وهى وظيفة دينية فى باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له فيتعين فرضه عليه ويتخذ الأعوان على ذلك ويبحث عن المنكرات ويعذر ويؤدب على قدرها » .

وعلى أى حال فالعقوبة هنا نابعة من طبيعة « الحسبة » والتى هى واسطة بين المظالم والقضاء[١٠٦] .

وأما علاقة سلطة الدولة بالدفاع الشرعى العام فأساسها أن تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة النافعة من أهم واجبات الإمام كما أن الجهاد فى سبيل الله لنشر الدعوة وحمايتها عن طريق أجهزة الإعلام المتعددة داخلة فى هذا النطاق أيضا فنقل الفكر الإسلامى إلى بلاد غير المسلمين فى لباس عصرى غير مزيف لايقل فى الأهمية عن الدفاع عن الوطن . وقد أقر الإسلام القتال دفاعا عن حرية العقيدة نظراً لأن المشركين كانوا يمنعون المسلمين من الإعلان عن إسلامهم ويضطهدونهم بسببه قال تعالى فى سورة الحج : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير » وكل من وقف فى وجه الدعوة وسلامتها مما يمكن العدو منها يقف هو ومن يرفع السلاح على الدولة فى خندق واحد مما يسهل للأعداء الانقضاض على دولة عاجزة وبالتالى فإن عقابه بدنياً بأقصى ماتكون العقوبة أمر لاغبار عليه بل هو واجب السلطان دفعا للضرر وإفساحا لواجبه كسلطان للمسلمين فى هذا الشأن والذى هو « جهاد من عاند الإسلام بعد الدعوة حتى يسلم أو يدخل فى الذمة »[١٠٧] .

روى البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : ـ بينا رسول الله ـ

---

(١٠٦) الماوردى ص ١٥ وما بعدها وانظر الحسبة فى الإسلام لابن تيمية ص ٤٠ وما بعدها وتبصرة الحكام لابن فرجون على هامش فتح العلى المالك ج ٢ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨ وكل هذه المصادر العلمية تؤكد صحة توقيع العقوبة المالية تعزيرًا وهذا يعنى أن المحتسب يتبع المصلحة أينما كانت فمن الناس من يردعه الإكراه البدنى ومنهم غير ذلك وللحنفية رأى فى العقوبة المالية مضمونه أن القاضى عليه أن يمسك شيئًا من مال الجانى ثم يعيده إليه عندما تظهر توبته انظر حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٨٤ .

(١٠٧) انظر الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٧ .

صلى الله عليه وسلم ـ فى مجلس يحدث القوم جاءه أعرابى فقال ـ متى الساعة ؟ ـ فمضى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يحدث فقال بعض القوم سَمِعَ ماقال فكره ماقال وقال بعضهم : بل لم يسمع حتى إذا قضى حديثه قال ـ صلى الله عليه وسلم ـ « أين السائل عن الساعة ؟. قال هأنا يا رسول الله قال إذا ضيِّعت الأمانة فانتظر الساعة ـ قال كيف إضاعتها يارسول الله . قال : إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة »(١٠٨) .

ونظراً لأن الجهاد أو الدفاع الشرعى الدولى فرض كفاية على المسلمين وقد يكون فرض عين ـ كما هو الآن . فكل من يقف فى وجه الدعوة إلى دين الله يكون مُعطلاً لفرض من الفروض ومن ثم لاعصمة له لأنه شهر على المسلمين سيفا يجب مقاومته بما ينبغى أن تكون فيه المصلحة لكافتهم ـ ومن ثم فإن ولى الأمر له سياسة اتخاذ مايراه مناسبا من عقوبة مناطها المصلحة والعدل لتعطيل المعتدى إقامة الدين والعمل على عدم اظهارة ونشره بين الناس . قال تعالى : « يأيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون »(١٠٩) وقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ « لكل أمة رهبانية ورهبانية أمتى الجهاد »(١١٠) . ولايعنى ماسبق أن الفقه الإسلامى يعلن الحرب على غير المسلمين حيث الجهاد المفروض والمشروع لابد فيه من توافر أركان وشروط ليس هذا محلها غايتها العدل المطلق فالإسلام لايحمل صبغة عدوانية لغير المسلم بل على العكس من ذلك تماماً فهو وإن أعطى للمسلم حق الدفاع فرداً كان أو غير فرد قرر عقوبة لكل تجاوز أصول وقواعد حق الدفاع أو رخصة الدفاع كما يسميها البعض .

سابعا : سلطة الدولة وتجاوز حق الدفاع

أولاً : « التجاوز فى الدفاع الشرعى الخاص »

يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعى أن يستخدم المعتدى عليه « المدافع » قدراً من القوة يزيد عما يجب استخدامه لدفع خطر العدوان ـ لأن الأصل أن تتناسب أفعال الدفاع مع خطر الاعتداء فإذا كفى القدر اليسير من وسائل الدفاع فى كل واقعة بما يتلاءم معها

---

(١٠٨) وسد بمعنى أسند وأصله من الوسادة وكان من شأن الأمير عندهم إذا جلس أن تثنى تحته وسادة فقوله وسد أى جعل له غير أهله وسادًا فتكون إلى بمعنى اللام والحديث رواه تحت رقم ١٠٣ الإمام مجد الدين أبى العادات المبارك بن محمد الأثير الجزرى ج ١ ص ٣٢٢ ط دار الفكر ببيروت ١٤٠٣ ثانية من جامع الأصول وقد أورده البخارى فى باب من سئل علمًا وهو مشتغل فى حديثه وانظر فى واجبات الحاكم السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٠ وما بعدها .

(١٠٩) آل عمران آية ٢٠٠ .

(١١٠) كنز العمال ج ٢ ص ٢٦٣ وانظر صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٠١ باب وجوب النفير.

فالعدول إلى القدر الكبير تجاوز يستحق العقوبة حيث خضع المدافع للحماية الشرعية فى الصورة الأولى وفقدها فى الصورة الثانية ـ ومفكرو الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه متفقون على جوهر هذه المسألة فصاحب متن المنهاج يقول فى ذلك « ويدفع الصائل بالأخف فإن أمكن بكلام واستغاثة حرم الضرب أو بضرب بيد حرم السوط أو بسوط حرم عصا أو بقطع عضو حرم قتل فإن أمكن هرب فالمذهب وجوبه » ويعلق الشيخ الشربينى على ذلك بقوله لأن ذلك جوز للضرورة ولاضرورة فى الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل ـ إلى أن يقول وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن »(١١١) .

ويمكن القول إن معيار التجاوز فى الفقه الإسلامى شخصى ـ أو نسبى حيث ورد فى أقوال الفقهاء مايفيد أن الضمان أو المسئولية بشقيها جنائية ومدنية لاينظر إليها إلا من واقع الظروف والملابسات الخاصة بكل واقعة من حيث وجود أدوات الدفاع من عدمه ومدى اختيار هذه الأداة من بين الأدوات المتاح استخدامها آنذاك وكذلك ظروف المدافع الشخصية وظروف الزمان والمكان ولايغفلون ظروف الجانى أيضا بكل تفاصيلها ـ وبعد هذا كله ينظر إلى التجاوز من عدمه فى الدفاع فإن وقع تجاوز قامت المسئولية الجنائية على المدافع وكذلك المدنية وقد تكون العقوبة فى الأولى القود إذا باشر المصول عليه الدفاع بما لايتناسب والاعتداء من قبل الصائل وترتب على ذلك قتله(١١٢) . وجاء فى كشاف القناع مانصه « وإن ضربه ـ يقصد المدافع ـ فقطع يمينه فولى هاربا فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بقصاص أو دية لأن الزائد على مايحصل به الدفع لاحاجة إليه فلم يكن له فعله(١١٣) . والإمام ابن حزم يعطى نموذجا للإعتداء بالظرف الشخصى ـ فى هذه المسألة بقوله « فأما لوكان اللص من الضعف بحيث لايدافع أصلاً أو يدافع دفاعاً يوقن معه أنه لايقدر على قتل صاحب الدار فقتله صاحب الدار فعليه القود لأنه قادر على منعه بغير القتل فهو معتد »(١١٤) .

---

(١١١) مغنى المحتاج ص ١٩٦ ـ ١٩٧ ج ٤ .

(١١٢) انظر تبصرة الحكام لابن فرجون ج ٢ ص ١٣٣ ط دار الكتب العلمية بيروت مصورة عن ط الأولى ١٣٠١ هـ وانظر فى ذلك أيضًا الأم ج ٦ ص ٢٩ والمغنى ج ٨ ص ٣٣ والمحلى ج ١١ أحكام الجنايات المباشرة ص ١٢ ـ ١٨ .

(١١٣) ج ٤ ص ٩٢ .

(١١٤) انظر المحلى ج ١١ ص ٣١٤ مسألة رقم ٢٢٥٨ وانظر تفاصيل أكثر فى هذا الأمر رسالة الدكتوراه المقدمة لحقوق القاهرة «الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى» .

وهكذا يعين الفقه الإسلامى عقوبة على تجاوز الحد الشرعى للدفاع ـ قد تكون بدنية تهلك النفس إلا أنها تجسّم فكرة العدالة فى أبهى صورها لأن الدفاع فى مثل هذه الحالة انقلب إلى جريمة عدوانية أثمرت إزهاق نفس كان يملك المدافع القدرة على ترويضها وكف أذاها عنه ومن ثم فالعدل يقتضى القصاص من المدافع ردعا وزجراً حتى لايجنح غيره إلى التعسف فى استعمال حقه ـ إن جاز التعبير ـ ويكون واجب الدولة كشخص معنوى ممثلة فى سلطانها أو من ينوب عنه إتخاذ كافة الإجراءات من واقع سلطتها فى مقاضاة المدافع جنائيا ثم إلزامه بالعقاب حسب كل واقعة ومايتعلق بها من ملابسات حيث لم يحصر الفقه الإسلامى أنواع الجرائم التى تبيح حق الدفاع مثلما فعل فى أنواع وسائل الدفاع ـ ويكون للقاضى المسلم استخلاص مدى التجاوز وبيان عما إذا كان هناك قصد جنائى جنح إليه المدافع من عدمه وبتأصيل كل مايتعلق بالزمان والمكان والأشخاص والوسائل .... الخ تكون العقوبة ـ وهى فى دستوريتها فى هذا الموضع أمر لزومى لرسم سياسة عقابية سليمة .

ثانيا : « التجاوز فى الدفاع الشرعى العام »

وفيما يتعلق بالتجاوز فى الدفاع الشرعى العام ـ فمن المعروف أن هناك شروطاً للمحتسب منها التكليف والإيمان والقدرة والعدالة وإذن الإمام(١١٥) وإذا كانت الحسبة من منظور الفقه الإسلامى لها سلاطة السلطنة واستطالة الحماة فيما يتعلق بالمنكرات كما أنها قاصرة على الحقوق غير المتجاحد عليها . فإن خروج المحتسب إليها بالسلاطة والغلظة لايعد تجوّزا ولاخرقا لأن فن اختيار الرجال من قبل الحاكم المسلم لمثل هذه المهام غالبا لايثمر إلا نتائج إيجابية هذا فضلا عن أن هناك آداب فى دافع المنكر تجعله لايباشر من الأسباب مايفضى إلى خلل أو تجاوز من قبله لكن قد تستوفى فى الشخص كل شروط المحتسب ويمتد سلطانه وتطاوله إلى مايسمى خرقاً صريحاً للمهام المكلف بها مع عدم غيبته الفنية اللازمة لاختياره من قبل الإمام فماذا يكون الحكم إذاً ؟؟..(١١٦)

---

(١١٥) انظر فى النظام السياسى للدولة الإسلامية د / محمد سليم العوا ط المكتب المصرى الحديث ١٨٠ ـ ١٨٢ ط ١٩٨٣ وانظر ما سبق قوله عن رأى الإمام الغزالى فى شرط إذن الإمام .

(١١٦) هناك مبدأ مضمونه بالنسبة للحاكم إن ولاتك يدلون عليك ووزراءك يشيرون إليك والحاكم فى الإسلام واجبه التدقيق فى اختيار جميع من يكلف بمهّام حساسة فى كل أجهزة الدولة وعليه أن يحاسبه بشدة ولنا فى صحابة سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قدوة حسنة سأل الفاروق يومًا بعض المحيطين به ـ أرأيتم إن استعملت عليكم خير من أعلم ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما علىّ ـ قالوا نعم يا أمير المؤمنين فقال لا ـ حتى انظر فى عمله أعمل بما أمرته أم لا ، انظر ما كتبه ابن الجوزى فى سيرة عمر وغيره كحلية الأولياء والإصابة والرياض النضرة والسيرة لابن هشام وتهذيب التهذيب .

الجواب عن ذلك . يتلخص فى أن الأصل أو القاعدة تناسب أفعال دفع المنكر فى مواجهته فدفع المنكر بأكثر مما يندفع به لايمثل عملاً مؤثـماً فقط وإنما يمثل جريمة تقيم مسئولية بشقيها إذا استدعى الأمر جنائية ومدنية على دافع المنكر . حيث لايزال الضرر بضرر أو بأشد منه مما يترتب عليه أن أفعال دفع المنكر من المحتسب تكون قد أفضت إلى ماهو أنكر منه وهذا أمر غير دستورى فى الفقه الإسلامى ولذلك كانت القاعدة فيه أن درجات الاحتساب وإن جاز أن تصل إلى درجة التغيير باليد مثل كسر الملاهى وإراقة الخمر والدفع من الدار المغصوبة وماماثل ذلك إلا أن ذلك مقيد بما يلى :

أولاً : أن معاصى اللسان والقلب وكل معصية تقتصر على نفس العاصى وجوارحه الباطنة لاسبيل للمحتسب عليها إطلاقاً حيث مباشرة تغييرها أمر غير متصور ولا محل له .

ثانيا : أن المحتسب لايجوز له أن يباشر بيده التغيير مالم يعجز عن تكليف المحتسب عليه بذلك . فإذا أمكنه أن يكلفه المشى فى الخروج عن الأرض المغصوبة مثلاً فلاينبغى أن يدفعه أو يجره وهذا يعنى أن طريق التغيير قاصر على القدر المحتاج إليه . والضرورة تقدر بقدرها . ولذلك يقول الإمام الغزالى فى هذا الموضع مانصه « فإن قلت فهلا جاز الكسر ـ يقصد أدوات اللهو والخمر ـ لأجل الزجر . وهلا جاز الجر بالرجل فى الإخراج عن الأرض المغصوبة ليكون ذلك أبلغ فى الزجر . فاعلم أن الزجر إنما يكون عن المستقبل والعقوبة تكون على الماضى والدفع على الحاضر الراهن وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى الولاة لا إلى الرعية »(١١٧) والإمام الغزالى رحمه الله . لايقرر دستورية التجاوز عن دفع المنكر من قبل الإمام وإنما يقرر أن الإمام يناط به بل واجبه فعل مافيه مصلحة لكافة الناس بعد اجتهاد دقيق شرط أن لايترتب على ذلك الاجتهاد إتلاف أموال الناس وأبدانهم بالباطل فالحكم يزول بزوال العلة ويوجد بوجودها بمعنى أن سلطات تجاوز دفع المنكر وإن إقتصرت على الإمام إلا أنها لاتلبث ثوب الشرعية مالم يكن هناك بد منها سياسة أو ردعا وزجرا وبعد استنفاد كل الوسائل الأولية فى القدر المحتاج إليه التغيير حرصا على النظام العام الإسلامى وغلقا للوسائل المؤدية إلى الحرام وشرعية سلطات الإمام فى هذا الموضع تستند تحقيقا إلى الكتاب والسنة فالنصوص كثيرة التى تعنى غلق كل ثغرة تؤدى إلى المحرم(١١٨) .

---

(١١٧) انظر الإحياء ج ٢ ص ٣٣١ ـ ٣٣٢ .

(١١٨) انظر فى هذا على سبيل المثال ما كتبه الفقهاء فى المصادر التابعة للنصوص وأدلة التشريع المختلفة فى الاحتجاج بها مثل الاعتصام للشاطبى ج ٢ ص ١٠٢ وما بعدها وروضة الناظر لابن قدامة ص ٨٦ وما بعدها وكذلك =

قال تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم كذلك زينا لكل أمة عملهم ثم إلى ربهم مرجعهم فينبؤهم بما كانوا يعملون »[119] ومارواه جابر بن عبد الله رضى الله عنهما عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى تحريم الخلوة بالمرأة الأجنبية يصلح أيضا سندا لذلك من باب سد الذرائع[120] كما أنها تستند إلى قاعدة فقهية بل إلى قواعد فقهية عديدة منها قاعدة « إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما » وقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » وقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح »[121] لكن الإمام إذا تجاوز هذه الشرعية بحيث تمثل خرقاً للمصلحة العامة فإن الحكم فى الإسلام أمانة كبرى بكون الحاكم قد خانها[122] . وعليه عبء وزرها ويحتاج الأمر للنظر فى بيعته وولايته فالسلطان ليس معصوما وهو مطاع فى حدود منهج الله وهكذا نصل إلى القول . إن الأصل فى أن مايدفع به المنكر مباح ولايعتبر جريمة مادام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر . فإن تعد حدود دفع المنكر فإن هذا التعدى يشكل اعتداء يرتب مايلى من نتائج :

(أ) يباح لفاعل المنكر شرعية الدفاع عن نفسه أو ماله بما يتلائم والوقائع المادية محل التجاوز .

(ب) أن تعمل السلطات فى الدولة الإسلامية على معاقبة من أنيط به دفع المنكر بما يتلائم وظروف كل واقعة على أن يكون النظر فيها فاحصا وشاملاً للأشخاص والزمان والمكان والوقائع المادية المتمثلة فى دفع المنكر وتجاوزه وأثر ذلك على فاعل المنكر .

(جـ) إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ

= أعلام الموقعين ج ١ ص ٣ وما بعدها و ج ٢ ص ١١٤ وما بعدها و ج ٣ ص ٣ و ج ٤ ص ٣٧٢ والمصلحة فى التشريع الإسلامى ونجم الدين الطوفى د مصطفى زيد ص ٦١ والأحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ٤ ص ١٦٠ وأصول الأحكام الشرعية لأستاذنا د / يوسف قاسم ص ١٧٧ وما بعدها انظر ماكتبه الشوكانى تحت عنوان فوائد لها بعض اتصال بمباحث الاستدلال إرشاد الفحول ص ٢٤٣ وما بعدها .

(١١٩) الأنعام آية ١٠٨ انظر ما علق به المفسرون على هذا النص مختصر ابن كثير ج ١ ص ٣٤٤ ط الريان وانظر المسائل الخمسة التى علق بها القرطبى على النص أيضًا ج ٧ ص ٦٠ وما بعدها وانظر ماكتبه الإمام الراحل محمود شلتوت فى تفسيره للقرآن ص ٤١٧ ط دار الشروق ط عاشرة ١٤٠٣ هـ .

(١٢٠) انظر باب النهى عن الخلوة بالأجنبية ج ٦ ص ٢٤٠ ـ ٢٤٤ من نيل الأوطار .

(١٢١) هذه قواعد متدرجة تحت قاعدة لا ضرر ولا ضرار انظر أشباه السيوطى ص ٨٦ وابن نجيم ص ٨٧ ومجلة الأحكام العدلية م ٢٥ .

(١٢٢) انظر ماكتبه فقهاء الفكر السياسى الإسلامى فى شأن الإمارة والبيعة مثل الأحكام السلطانية للماوردى ولأبى يعلى ص ٦ ، ١٩ على التوالى وما بعدها وبدائع السلك لابن الأزرق والإمامة والسياسة بجزئيه لابن قتيبة الدينورى ط الحلبى تحقيق د / طه الزينى .

ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه لأن الأصل أن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرّم ضد غيره فالتعمد لاعبرة به لأنه تعمد فعل مباح والقاعدة أن من تعمد فعلاً مباحاً فأخطأ فى فعله يسأل عن نتيجة الخطأ باعتباره مخطئا لا عامداً(١٢٣) .

(د) ليس هناك مايحول إطلاقا من إقامة عقوبة بدنية رادعة على من تجاوز حدود سلطانه وصلاحيته عند دفعه للمنكر حتى يستقيم عود النظام العام الإسلامى والخروج ذلك الفعل صراحة وضمنا عن مقاومة الرذيلة فى المجتمع الإسلامى لأن هذه الأفعال ضررها أشد على المجتمع الإسلامى من فعل المنكر ومن ثم وجب على ولى الأمر مباشرة عقابه .

ثالثا : « التجاوز والدفاع الشرعى الدولى »

يرى البعض أن أساس الدفاع الشرعى الدولى ـ الإكراه المعنوى ـ من واقع أن الدولة بكيانها شخص معنوى ويرى البعض الآخر أن المصلحة الأجدر بالرعاية هى الأجدر بأن تكون أساساً للدفاع الشرعى إلا أن هذا الرأى يؤخذ عليه إنعدام الرؤية أو عدم وضوحها فى حالة الدفاع الشرعى الجماعى حيث لامبرر لتدخل دولة غير معتدى عليها إلى جانب دولة معتدى عليها ومن الصعوبة القول بأن الدولة غير المعتدى عليها لها فى كل حالة مصلحة مباشرة واجبة الترجيح .

ونحن نتفق مع من يرى فى أن أساس الدفاع الشرعى الدولى هو إهدار عصمة المعتدى حيث يباح للدولة المعتدى عليها رد الاعتداء بل هو واجبا كى يباح لغيرها عمن تربطها بها أواصر المودة وإقراراً لمبدأ العدل الدولى الموقوف إلى جانبها على الأساس السابق بيانه(١٢٤) وإذا كان الدفاع الشرعى الدولى من منظور الفقه الإسلامى لايتصور وقوعه إلا باعتداء عمد . أيا كانت صورته من دولة غير مسلمة يمس بأمن دولة الإسلام ويهدر مصلحتها فإن ذلك يرتب لزوما على الدولة المسلمة المباشرة الفورية فى إجراءات الدفاع الشرعى على أن تكون أفعال الدفاع بالقدر اللازم والمطلوب لرد الاعتداء . ولهذا الحكم الفقهى أصل فى الشرع الإسلامى قال تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى

---

(١٢٣) التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٥١٠ .

(١٢٤) انظر فى ذلك الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق القاهرة من الباحث محمد سيد عبد التواب ص ٥٨٩ وقد أثبت الباحث رجوعه إلى عدة مصادر منها مشروعية المقاومة المسلحة د . عائشة راتب ص ٤٨ وحق الدفاع الشرعى فى القانون الدولى الجنائى ص ١٢٦ وانظر كتاب قواعد القانون الدولى لباتى Baty - Canons - of International Law London 1930 p.99 . ومشار إليه فى المرجع السابق ص ٥٨٩ .

عليكم »[١٢٥] وعلق الإمام القرطبي على النص بقوله « هذا عموم متفق عليه إما بالمباشرة إن أمكن وإما بالحكام » كما يصف الدفاع بقوله وهو وإن كان عدوانا إلا أنه عدوان مباح بقصد أن دفع الظالمين ومناجزتهم عدوانا من باب المشاكلة اللفظية وإلا فهو العدل والقسط ويلاحظ هنا مايلى :

- أولاً أن هذه الآية وقبلها أكثر من آية منها قوله تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا إن الله لايحب المعتدين »[١٢٦] وبعض الآيات فى سورة التوبة تمثل القواعد الأصلية لقوانين القتال فى الإسلام . وهو قتال مناطه حماية ونشر هذه العقيدة التى جاء بها الإسلام لتكون قاعدة للحياة البشرية فى الأرض ومنهج متكامل مرسوم للبشر من قبل الله . إنه القتال لله لا لأى هدف آخر من الأهداف التى عرفتها البشرية فى حروبها الطويلة . والآيات وإن نصت صراحة على القتال لمن قاتل المسلمين فى صدر الإسلام إلا أن حكمها باق مادامت السموات والأرض فى أى زمان وفى أى مكان لكن دون اعتداء وطبقا لقاعدة [من ظلمك فخذ حقك منه بقدر مظلمتك] .
- ثانيا أن الدولة المدافعة وإن أبيح لها رد الاعتداء بمثله فإن تجاوزها عن المثلية بحجة عدم عصمة الدولة المعتدية لا أصل له فى الفقه الإسلامى حيث أن أصل العلاقة بين دولة الإسلام وغيرها هو السلم والقتال لم يشرع إلا لرد العدوان بمعناه العام وهو إن شرع إلا أن قواعده التى تضبطه وآدابه تمنع لمجاوز حد الدفاع الشرعى .

---

(١٢٥) البقرة آية ١٩٤ انظر سبب نزول الآية القرطبى ج ٢ ص ٣٥٤ ومختصر ابن كثير ج ١ ص ٧٠ .
(١٢٦) البقرة آية ١٩٠ .



البَاب الأول

العقوبة البدنية

The Corporal Punishment

الفصل الأول : تعريف وعرض

المبحث الأول : نبذة تاريخية

المبحث الثانى : أهم ملامح الفكر الجنائى الإسلامى

المبحث الثالث : حقائق تشريعية إسلامية

المبحث الرابع : أثر الشريعة الإسلامية على المرحلة الثانية من مراحل التشريع الغربى

الفصل الثانى : أهداف العقوبة

١ ـ تمهيد .

٢ ـ المطلب الأول هدف العقوبة التعزيرية .

٣ ـ المطلب الثانى العقوبة وفكرة العقد الاجتماعى .

٤ ـ المطلب الثالث العقوبة وفكرة المنهج التجريبى .

٥ ـ المطلب الرابع نظرة تحليلية .

٦ ـ المطلب الخامس . فلسفة شرعية العقوبة فى الفقه الإسلامى

٧ ـ المطلب السادس . مقارنة ومقابلة .

الفصـل الأول

« تـعريـف وعـرض »

ماسبق فيه القاء قليل من الضوء على ماهية العقوبة بصفة عامة . وفيما قرأت . لم أعثر على تعريف جامع مانع لمفهوم العقوبة البدنية . على أنه يمكن القول بأنها كل عقوبة تأديبية يقع أذاها بصفة أصلية على بدن الإنسان فيحدث له ألماً مادياً أو معنوياً يتساوى مع اعتدائه على المصلحة المحمية وليس ثمة شك فى أن هذا الأذى قد يمتد أثره إلى خارج نطاق البدن قوة وضعفا نتيجة اختلاف الأشخاص وفلسفاتهم وطبائعهم وثقافتهم وأعمالهم ونتيجة قوة العقوبة وضعفها ووسائلها وما إلى ذلك . ويحتاج الأمر لنبذة تاريخية عن العقوبة البدنية .

المبحث الأول

نبذة تاريخية عن العقوبة البدنية

فى الفكر التشريعى الأوربى وعلاقته بالشريعة الإسلامية

بإيجاز شديد سوف نعالج مايتعلق بتاريخ العقوبة لدى الأوربيين فى تشريعاتهم المختلفة بما يتفق وطبيعة البحث فى مرحلتين :

أولا : مرحلة البداوة (The primary First - Stage) فى الفكر الوضعى الأوربى

مرت العقوبة البدنية تشريعيا بمراحل متعددة ففى فرنسا مثلا حتى القرن الثامن عشر الميلادى كانت العقوبة البدنية هى التجديف فى المراكب وجدع الأنف وصلم الأذنين وقطع قبضة اليد وقطع اللسان والجلد وربط الجانى على وتد ووضع طوق فى عنقه والنزال

بين الأفراد حتى الموت والإعدام[1] بل إن عقوبة الإعدام ذاتها قد فرضت على عدد كثير من الجرائم بموجب قانون الألواح الأثنى عشر الرومانى منها القذف والرشوة والحنث فى اليمين وسرقة المحصولات الزراعية وإتلاف غلات الجار ليلاً وخديعة المحامى للمتقاضين وممارسة السحر ودس السم فى الطعام والاغتيال والاجتماع فى المدينة ليلاً لتدبير الفتن والمؤامرات كما كان للزوج أن يحاكم زوجته ويقضى عليها بالإعدام . إذا سرقت مفاتيح خزائن خمره[2] .

وإذا توغلنا بحثا وتنقيبا فى زمن أقدم من هذا لوجدنا أن نظرة المجتمع الأوربى إلى الجانى كانت تدور حول فكرة فحواها فى جميع الأحوال الإسناد المادى الذى يتم بمجرد توافر علاقة السببية بين النشاط الصادر من الجانى والنتيجة التى تحققت وإذا تم استناد الجريمة إلى من اتهم بارتكابها بادرت السلطات إلى توقيع العقوبة وهى عقوبات جوهرها غالبا استئصال الجانى بوسائل غير إنسانية ومن المضحك المبكى أن التشريعات الأوربية فى هذا الوقت كانت تعاقب جثث الموتى باعتبارها مسئولة جنائيا وقد حدث فى فرنسا عام ١٦٧٠م أن صدر أمر ملكى ينظم العقوبات التى يجب توقيعها على أنواع من المجرمين بعد اعدامهم . بل إن بعض هذه التشريعات الغربية عاقبت الجماد عندما صدر أمر من السلطات المختصة فى فرنسا عام ١٢٠٩م بتدمير جرس كنيسة بيرون بتهمة الخيانة حيث حرّض المواطنين على التمرد .

وفى قانون حمورابى العظيم كل العقوبات والأحكام القضائية تدرج حسب مراكز المذنبين الاجتماعية بل إن القانون الرومانى ظل حتى القرن الخامس الميلادى يتضمن بعض القواعد التى تقضى بعدم المساواة لا فى المسئولية الجنائية ولا فى العقوبات. كما أن هذا القانون فى عهده القديم كان يأخذ بالمسئولية الجماعية فكان يقضى بأنه إذا قتل عبد سيده وجب قتل جميع عبيد هذا السيد وقد حدث أن قتل الوالى Bedanus Skendes فى عام ٦٩٠م فحكم على عبيده الأربعمائة بالإعدام[3] ويروى الفقيه الفرنسى - Artoulan قصة طريفة تشير إلى أى مدى وصلت العقوبة البدنية لدى الأوربيين وهى أنه قد حدث فى عهد الملك هنرى أن رجلاً من الأشراف أصيب بمرض اشتدت وطأته عليه

---

(١) The Criminal prosecation in Englland London Oxford university press 1960.

(٢) Wel Duoraut - Story of Civilization p.3 p.70.

(٣) يراجع تشريع حور محب ص ٧ وما بعدها د . صوفى أبو طالب و د . باهور لبيب والإنسان والعلاقات البشرية ترجمة أحمد حمودة ص ٥٢ وفجر الضمير ترجمة د . سليم حسن ص ٢٣١ والتاريخ العام للقانون د . توفيق شحاتة واضمحلال الإمبراطورية الرومانية وسقوطها ج ٣ ص ٢٦٧ والظاهرة الإجرامية د . المجدوب وقد أفدت كثيرا مما كتبه د . المجدوب فى مؤلفه المشار إليه .

فأخذ يهذى ويرى أحلاماً غريبة من بينها أنه حاول اغتيال الملك فلما شفى من مرضه روى ذلك الحلم لأحد الأشخاص الذى بادر من فوره إلى إبلاغ ماحدث للنائب العام الذى قدم الشريف للمحاكمة بتهمة الشروع فى اغتيال الملك وأدين الرجل وأعدم(٤) إلى غير ذلك كثير مما ليس له موضع هنا فى مقام هذا البحث ويكفى للتدليل عن المدى الذى بلغه تدهور الإنسان فى مثل هذه المجتمعات أن الجانى كان ينظر إليه على أنه شاذ أو به مس من الشيطان أو مصابا بشذوذ فى تكوينه وهذه الأفكار ظلت تتردد عند بعض مفكرى الغرب أمثال Darwin ١٥٨٦ و Della porta الذى زعم أنه حيوان تخلف فى مرحلة من المراحل عن مسايرة ركب التطور وهكذا حتى لمبروزو ١٨٧١م بل إن تنفيذ بعض العقوبات البدنية . لاسيا عقوبة الإعدام كانت تتم بطريقة وحشية فالحرق أو الزيت المغلى أو الكسر على العجلة أو الكفن الحديدى أو الغرق أو الخازوق وسائل مألوفة فى هذه المجتمعات ودفن الأحياء فى سويسرا بقى حتى عام ١٤٠٠م وآخر قضية استخدم فيها الحرق على الخازوق كانت فى برلين عام ١٧٨٦م وفى فرنسا لم يكن الحال بأسعد مما قبله حيث كان يربط المحكوم عليه بأربعة خيول تتحرك كل منها إلى جهة معاكسة للأخرى ودولاب الموت وسيلة مألوفة لدى القضاء الفرنسى آنذاك وفيه تقطع أطراف المحكوم عليه وتركه على الدولاب الدوار حتى الموت والسلق فى غلاية .. إلخ مالانهاية له فى هذا الشأن .

ثانيا : مرحلة الرشد أو المعاصرة The Modern Second Stage

بيان وعرض قلنا فيما مضى إن المرحلة الأولى تميزت فيها العقوبة بالشدة والقسوة . إذ سادت العقوبات البدنية على نطاق واسع ولم يكن للعقوبة من غرض سوى الانتقام من الجانى . طبقا للتشريعات القائمة آنذاك ومن المعروف أنه فى العصور الوسطى كان يوجد عند شعوب أوربا تشريعان مستقلان هما التشريع الدينى أو الكنسى والتشريع الاقطاعى ولم يكن هذا الأخير إلا مجموعة العادات التى تحدد علاقات السيد بتابعيه والخاضعين له بينما كان مصدر التشريع الدينى (روما) فكانت الكنيسة فى نشأتها ولغتها رومانية واقتبس من القانون الرومانى ومنطقه الذى لايلين الأحكام القانونية الأساسية لهذه المرحلة . ولاجناح على القول الذى يرى أن المرحلة الثانية وهى التى أسميناها بمرحلة الرشد أو المعاصرة بدأت من أول عصر النهضة وحتى يومنا هذا . وهى مرحلة بدأت يقينا تأثراً واقتباساً من الفقه الإسلامى الجاد الرشيد . بل الشريك المنصف لأهل أوربا آنذاك . وبدأت ملامح

---

(٤) انظر على سبيل المثال مبادئ علم الإجرام ص ٣٤٦ والنظرية العامة للقانون الجنائى د . رمسيس بهنام ص ١٣٠ وما بعدها وقد ذكر هذه الواقعة د . المجدوب فى كتابه الظاهرة الإجرامية نقلاً عن بعض المصادر الفرنسية .

الفكر التشريعي الإسلامي تظهر بوضوح في تشريعات أوربا العامة المتعاقبة بما فيها الشق الجنائي ولعلها المرة الأولى التي يعرف منها أهل الغرب حينئذ مشروعية الدفاع الشرعي وضرورته لاباعتباره سلوكاً غير مجرّم وإنما باعتباره حالة من حالات المشروعية المقررة من الجانب الأخلاقي فضلاً عن الجانب القانوني وليس هذا فقط عرفه أهل أوربا وإنما نقلوا عن الفكر الإسلامي ضمن مانقلوا الاتجاهات الرئيسية في طبيعة معايير التجريم ــ فالأشعرى ومن حذا حذوه ناقشوا بالتفصيل مايسمى الآن . بالاتجاه الاجتماعي . والمعتزلة ومن سار على دربهم جعلوا السيادة والسلطان للعقل . فيما يعرف الآن بالاتجاه العقلي أو المثالي .. وكذلك أخذوا مايسمى الآن بالاتجاه الواقعي أو الإنساني وما يتعلق بدراسة الظاهرة الاجرامية وتفسير السلوك الاجرامي بعوامل خارجية وقول المعتزلة بالتخيير أو بعوامل فطرية ومدرسة الجبرية التي ترفع شعار أن الإنسان مسيرا مما كان له الفضل في وجود مدرسة الوسط الاجتماعي « الفرنسية البلجيكية » والمدرسة « الوضعية الإيطالية » وكذلك تفسير السلوك الاجرامي بعوامل خارجية وداخلية معا « الاتجاه التكاملي » وما أثاره أهل السنة والأشاعرة من مسألتي القدرة والإرادة . وطبيعة الفطرة[5] .

---

(٥) ذكر أ . د علي بدوى في القسم العام ص ١١ وما بعدها أن الشرائع الوضعية قد مرت بأدوار عديدة قبل أن تصل إلى الوضع الحديث وأن البعض قد قسم هذه الأدوار إلى عصر الانتقام الفردى « period de to rengeance privec » وعصر الانتقام الإلهي والانتقام العام وعصر التكفير والردع .

(Intimidation) vengeance divine " Expiation " vengeance publiqve

والعصر الإنساني perlode scintifique والعصر العلمي « perlode Humanitaive » وقد تميز عصر الانتقام الفردى بأن أمر العقاب فيه كان في أيدى الأفراد أنفسهم مدفوعين بشعور المحافظة على كيانهم من الاعتداء وبغريزة الانتقام ممن اعتدى عليهم لذلك لم يكن يحد الانتقام قيد وقد يفوق ما حدث من الجاني وكان يقصد بالانتقام العام أو الاجتماعي أن يرتدع المجرم وأن يزدجر غيره وبناء العقاب على فكرتي الانتقام والردع ليس غير ، له عيوب من أهمها كثرة حالات عقوبة الإعدام والتمثيل بالجاني والقسوة ولم تكن فكرة الإصلاح واردة ـ أما العصر الإنساني فقد تسربت فيه مبادئ الاعتدال والشفقة والرغبة في إصلاح الجاني وتهذيبه وفي هذا العصر ظهرت نظرية العقد الاجتماعي والتي تعني أن الفرد محرر من سلطان الدولة عدا جزء بسيط يتنازل عنه للجماعة عند إندماجه فيها ونظرية الايطالي (Beccarte) والتي ضمنها أن العقاب يجب أن يكون محدودًا بحدى العدل والمصلحة الاجتماعية ومن الظلم أن يتعدى في الشدة ما يلزم حماية المجتمع وأن الغاية من العقاب منع المجرم من العودة للإجرام ومنع الغير من الوقوع فيه ثم ظهرت المدرسة الايطالية وحدد أفكار هذه المدرسة ـ إلى أن يقول إن أساس حق العقاب في العصر الحديث هو العدل وحماية المجتمع ومقتضى العدل أن تكون العقوبة متناسبة مع درجة خطيئة الجاني بصرف النظر عن خطورة حالته وهي هنا عقوبة بمعناها الصحيح كما يترتب على عنصر حماية المجتمع أن العقوبة يجب أن تناسب حالة الجاني الخطرة ودرجة ميله للإجرام بصرف النظر عن مقدار إرادته أو جسامة جريمته وهي هنا إجراء وقاية أمن . وانظر موجز القانون الجنائي أ ـ د علي راشد بند وظائف العقوبة رقم ٣٩ ط سنة ١٩٥١ وعلم العقاب للدكتور عبد الرحمن علام مفهوم العقوبة وتطورها ص ٢١ وما بعدها .

لكن شاءت إرادة الله عز وجل ولحكمة يعلمها أن يضيع أثر هذا الفقه الإسلامى بين الجاحد والجامد أما الأول فهو الذى يأبى إلا أن يفرغ المسلمين ويخرجهم عن جميع مقوماتهم ويحملهم على إنكار ماضيهم حتى يفقدوا هويتهم وهذا مخالف لسنن الكون وطبيعة الفطرة وأما الثانى فيأبى إلا الجمود على القديم دون النظر المتأنى فى طبيعة الفقه الإسلامى ومرونته وفيما ينفع ويضر وهكذا إنحشر الفقه الإسلامى بين فكّى الرحا . وعلى أى حال فالأمر يحتاج إلى سطور قليلة عن أهم ملامح الفكر الجنائى الإسلامى التى نقلت عنه ثم أنكرت عليه .

المبحث الثانى

أهم ملامح الفكر الجنائى الإسلامى

لاتثريب على ماقيل وثبت لدى الغرب من عقوبات بدنية فى المرحلة الأولى السابق الاشارة إليها فالعرب قبل الإسلام كانوا فى الدرك الأسفل التشريعى إلى أن جاء الإسلام فأخذ بأيديهم وانتشلهم من هذا المستنقع الآسن وسن لهم من النظم واللوائح والتشريعات مايحكم به علاقاتهم الاجتماعية والسياسية وقد استجابوا لذلك حتى تحقق فيهم قول الله تعالى : «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ولو آمن أهل الكتاب لكان خيرا لهم »[٦] ويمكن تلخيص أهم ملامح الفكر الجنائى الإسلامى فيما يلى .

١ ـ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أصل من أصوله وبموجبه لايسأل إنسان ما عن جريمة إلا إذا كان الفعل المكون لها قد سبق تجريمه فى وقت سابق وأعلن فإعلان المخاطبين بالقاعدة القانونية قبل تطبيقها أمر واجب فى الفقه الإسلامى فلا عقاب على من أتى فعلاً لايعلم تجريمه .

« وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا »[٧] كذلك سن لهم شرع الله مبدأ عدم رجعية القوانين إلى الماضى وهذا يعنى أن تطبق القوانين بأثر

---

(٦) آل عمران الآية رقم ١١٠ .

(٧) القصص آية رقم ٥٩ .

مباشر على الوقائع التى تحدث بعد صدور هذه النصوص دون الوقائع التى حدثت قبلها [٨] .

٢ ـ كما أن الفقه الإسلامى عرف مبدأ جوازية الأثر الرجعى للنص الجنائى إذا كان ذلك يحقق مصلحة لمن تطبق عليه مثل هذا النص كما هو الحال فى حكم الملاعنة والذى نسخ به حكم القذف وهو « الجلد » فى حق الزوج إذا رمى زوجته بالزنى [٩] .

٣ ـ كذلك فرض الفقه الإسلامى مبدأ شخصية المسئولية فلاتعاقب الجماعة من أجل جرم إرتكبه أحد أفرادها قال تعالى فى سورة الإسراء : « وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه » وقال فى سورة فصلت : « من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها وماربك بظلام للعبيد » كما أن هذا المبدأ فى الشريعة الإسلامية يطبق مع أكثر الناس ترابطاً فى النسيج الاجتماعى للمسلمين الوالد والوالدة فلا يغنى أحدهما عن الآخر شيئا قال تعالى فى نهاية سورة لقمان « يأيها الناس اتقوا ربكم وأخشوا يوماً لايجزى والد عن ولده ولامولود هو جاز عن والده شيئا » والنصوص كثيرة فى هذا الشأن .

٤ ـ كما أن موانع المسئولية فى الشريعة الإسلامية أمر لايجادل فيه فقيه منصف فالجنون والاكراه وصغر السن ... إلخ من موانع المسئولية فيها كما أنها صاغت فى هذا الشأن مايتعلق بنظرية الضرورة فلا جناح على شخص خالف حكما عليه نص لضرورة وقاية نفسه من خطر جسيم على وشك الوقوع به أو بتعبير أستاذنا د/ يوسف قاسم نظرية الضرورة [فى الشريعة الإسلامية] ليست من المسائل الفرعية التى يمكن أن تكون محلاً لخلاف بل هى من القواعد العامة التى لايختلف فيها فقيه مسلم عن آخر كما أن صراحة النص الوارد فى هذا الشأن

---

(٨) للوقوف على تفاصيل هذا المبدأ من ناحية الفقه الإسلامى يراجع شرح فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفى ج ٤ ص ٢٧٦ وما بعدها ومؤلف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى أحكام الأسرة ص ٥٩٧ وما بعدها والجريمة والعقوبة للمرحوم أبو زهرة ص ٣٢٤ وأحكام القرآن لابن العربى ج ٣ ص ١٣٣٢ وأصول النظام الجنائى الإسلامى د . محمد سليم العوا ـ ص ٥٥ وما بعدها والتشريع الجنائى للمرحوم/عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٦١ وما بعدها وفى ذلك يقول المرحوم الشهيد عبد القادر عودة «القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت إرتكاب هذه الجرائم وأساس هذه القاعدة تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها فقد نزلت جميع الأحكام التى حرّمت المعاصى بعد أن انتشر الإسلام فلم يعاقب بها على الجرائم التى وقعت قبل النزول» بتصرف .

(٩) المصادر السابقة المشار إليها كما يراجع الجامع لأحكام القرآن ج ١٢ ص ١٨٥ وما بعدها ويمكن على الجملة مراجعة كتب التفسير وأصول الفقه وربط ذلك بقوله تعالى «واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابًا رحيمًا» النساء آية ١٥ ، ١٦ ثم مطلع سورة النور حتى ما يتعلق بآيات الافك وغير ذلك لمن رام البحث كآيات المجادلة ٢ ـ ٤ والمائدة ٣٣ ـ ٣٤ .

والذى هو أساس لهذه النظرية لم يدع مجالا لخلاف بين علماء المسلمين[10] .

٥ ـ كما أن نظرية الشريعة الإسلامية للعقوبات البدنية هى محاصرة هذه العقوبة فى أضيق إطار فالاعدام والقطع والقصاص فى الجراح عقوبات لاتنفّذ إلا بعد التأكد تماماً من قيام الجريمة التى قررت لها هذه العقوبة مع استخدام قاعدة الخطأ فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة . وهى إذا مانفذّت تكون رحمة وعدالة من الصعب الحصول عليهما فى غير هذه العقوبة وطبقا لذلك كان هناك تحديد للجرائم وتقسيمها طبقا لخطورتها مع فرض عقوبة تناسب كل سلوك مجرّم واستبعاد التمثيل بالجانى أو التشفى بأى صورة من الصور أو التعذيب الذى لاتبرره الغاية من العقوبة[11] .

وليس ثمة شك فى أن هذا السلوك يعتبر قانونا عاماً فى الشريعة الإسلامية حتى أنه طبق على الحيوانات التى أحلّ الله ذبحها شرعا فقد نهى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن المثلة والمصبورة والمجثمة[12] والشريعة الإسلامية عالجت نظام الظروف المخففة فالسارق إذا لم يبلغ ماسرقه قيمة النصاب فلا قطع وإنما عقوبة أخرى أخف[13] كذلك وفى هذا الشأن .

(١٠) يراجع نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الوضعى لأستاذنا الدكتور يوسف قاسم ص ١٠٩ كما يراجع القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى ٧٩٥ هـ قاعدة ٢٦ ، ٢٧ ، ١٦ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٢١ ط دار المعرفة ببروت بدون تاريخ كذلك يراجع القاعدة ١٢٧ ص ٢٨٧ من ذات المصدر وأشباه السيوطى ص ٨٣ وابن نجيم ص ٨٥ والمجلة العدلية م ٢١ وتفسير الآية ١١٩ من سورة الأنعام .

(١١) ذكر مؤلف كتاب قصة الحضارة أن الابن الذى كان يقتل أباه فى روما يوضع فى كيس ومعه كلب أو قرد أو أفعى سامة خطيرة ويلقى به فى النهر ج ١ ص ٧٠ .

(١٢) المثلة قطع أطراف الحيوان أو بعضها وهو حى والمصبورة الدابة التى تحبس حية لتقتل بالرمى والمجثمة التى تربط وتجعل غرضًا للرمى يراجع صحيح البخارى ج ٦ ص ٢٢٨ ط تركيا وإذا كان هذا شأن الإسلام مع الحيوان الأعجم لماذا يكون حكمه مع الإنسان المكرّم .

(١٣) جمهور الفقهاء على أن النصاب شرط لازم فلا قطع فيما دونه وليس على الجانى سوى التعزير وإنه وإن كان قد نسب للحسن البصرى وداود الظاهرى وغيرهما أن النصاب غير لازم وأن القطع يثبت فى القليل والكثير لكن الرأى المعول عليه هو الأول يراجع مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ج ٤ ص ١٧٦ وبدائع الصنائع للكاسانى ح ٧ ص ٧٧ والمبسوط ج ٩ ص ١٣٦ ونيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ١٣١ وغير ذلك كثير ولقد بلغ من دقة قادة الفكر الإسلامى أنهم لا يجيزون القطع إذا كانت قيمة المسروق وقت اخراجه من حرزه أقل من النصاب ثم بلغته أو تجاوزته بعد إخراجه بسبب ارتفاع سعره فى الأسواق كما أنه لا يعول فى تقدير قيمة المسروق إلا على منفعته الشرعية فإن كانت منفعته غير مباحة أهدرت وتعين الوقوف عند مادته وحدها لتحديد القيمة وفى ذلك يقول الخرشى «يشترط أن تكون المنفعة شرعية أما غيرها فكالعدم كما ينبغى عدم الخلط فى تقدير قيمة المتاع المسروق بين قيمته فى ذاته ومقدار الضرر الذى أصاب المجنى عليه بسبب السرقة إذ لا تلازم بالضرورة بينهما كذلك ينبغى عند تقدير المسروق ألا يخلط بين قيمته ومقدار الفائدة التى عادت على الجانى من سرقته فقد لا يساوى المسروق فى ذاته نصابًا ولكنه يحقق للجانى كسبًا يزيد على النصاب ومع هذا ـ

لاتتساوى عقوبة الزانى المحصن مع عقوبة الزانى غير المحصن والشريعة أيضا تختلف عن القوانين الوضعية فى أنها تجعل الإكراه مبيحا لبعض الأفعال المجرّمة بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لايبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط وإن كان هذا ليس قاعدة مطردة فى الفقه الإسلامى إلا أن منطق الشرع أعلى فكراً وأساس ذلك التمييز بين أنواع السلوك المجرّم حيث يرفع الإكراه التام العقوبة فى بعض الجرائم مع بقاء الفعل المجرّم على أصله لأن المكرَه لا يأتى الفعل راضيا عنه ولا مختارا له اختيارا صحيحا والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان مدركا مختارا فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل فالسبب فى الاعفاء راجع إلى الشخص لا إلى الفعل فى ذاته ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقى الفعل مجرّما[١٤] بينما فى بعض الجرائم الأخرى يكون الإكراه مبيحا لبعض الأفعال لأنها جرّمت لمصلحة الفاعل لا لمصلحة الغير فكان من العدل أن تباح إذا أدى تجريمها لإلحاق ضرر أكبر بالفاعل .

٦ ـ وفى مجال الركن المعنوى فصلت الشريعة أو ميزت بين درجات العمد وشبه العمد والخطأ والفقه الغربى قطع شوطاً زمنيا لايحسد عليه حتى وصل إلى هذه الحقيقة . والشريعة قررت مبدأ العفو عن الجريمة والمجرم ومبدأ التوبة والتى بمقتضاها يعود من قام بالسلوك المجرّم عضوا فى الجماعة لا فرق بينه وبين غيره من أسرة المجتمع[١٥] ففى الصحيحين من حديث أنس قال كنت مع النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فجاء رجل فقال يارسول الله إنى أصبت حداً فأقه علىّ . قال ولم يسأله عنه . فحضرت الصلاة فصلى مع النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلما قضى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ الصلاة قام إليه الرجل فأعاد قوله قال أليس قد صليت معنا قال نعم . قال فإن الله عز وجل قد غفر لك قال تعالى : «كيف يهدى الله

= فلا قطع على السارق فى هذه الحالة ومناط الحكم فى تقدير قيمة النصاب مرجعه إلى السلطة المختصة فى الدولة الإسلامية . حيث إن المفروض أن تسعر الدولة ممثلة فى وزارة ما ثمن كل سلعة يجرى فيها التداول .

(١٤) للتفصيل فى هذا الشأن يراجع مبحث أثر الضرورة فى جرائم الحدود والتعاذير لأستاذنا/يوسف قاسم ص ٢٢١ وما بعدها ويراجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ دار الكتاب العربى ببروت وفى هذا الشأن يقول الكاسانى عبارة جامعة تصلح قاعدة وهى «الحد عقوبة متكاملة فتستدعى جناية متكاملة» ويراجع التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٥٧٢ وأعلام الموقعين لابن القيم وهو شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر توفى ٧٥١ هـ ج ٢ ص ١١٤ ط الكليات الأزهرية .

(١٥) يراجع أعلام الموقعين ج ٢ ص ٩٧ فصل قياس توبة التائب على توبة المحارب .وللتوبة شروط كثيرة يمكن الرجوع إليها وجمهور الفقهاء يرى أن التوبة تسقط العقوبة العامة فى جريمة المحاربة إذا تاب المحارب قبل القدرة عليه بمعنى أنها تسقط عنه عقوبات القتل والصلب وقطع اليد والرجل والنفى دون العقوبات الأخرى التى تتعلق بالأفراد كالقصاص انظر الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع وحاشية الشيخ حسن المدابغى على هامشه ج ٢ ص ٢٤٢ .

قوما كفروا بعد إيمانهم » وحتى قوله « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم »(١٦) .

ولا يخفى أن الأمر فيه تفصيل بدليل أن المتفق عليه فى الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحرابة المقررة جزاء على الأفعال التى تمس حقوق الجماعة فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد فلا تسقطها التوبة كما سبق بيانه قال تعالى فى سورة المائدة : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم »(١٧) .

٧ ـ ومبدأ المساواة أمام النص الجنائى مسلّم به فى الشريعة الإسلامية فالعقوبة لا تمييز فيها بين غنى وفقير ولا شريف وغير شريف ولا قوى وضعيف ـ فقد روى عن عائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التى سرقت فقالوا من يكلم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فكلم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ : أتشفع فى حد من حدود الله ثم قام فخطب فقال : يأيها الناس إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها(١٨) وقد علق على هذا النص صاحب معالم السنن بقوله « إنما انكر عليه » يقصد أسامة « الشفاعة فى الحد لأنه إنما تشفّع إليه بعد أن بلغ ذلك رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وإرتفعوا إليه فأما قبل أن يبلغ الإمام فإن الشفاعة جائزة والستر على المذنبين مندوب إليه »(١٩) .

كذلك قرر رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن الدية مائة من الإبل لكل قتيل دون

---

(١٦) آل عمران الآيات من ٨٦ ـ ٨٩ والنصوص كثيرة ولا تعارض فى هذا الشأن حيث إن الحد تطهير والتوبة تطهير ويعلق ابن القيم على حديث ماعز والغامدية بقوله « هما اختارا التطهير بالحد على التطهير بمجرد التوبة وأبيا إلا أن يطهرا بالحد فأجابهما النبى صلى الله عليه وسلم إلى ذلك وأرشد إلى اختيار التطهير بالتوبة على التطهير بالحد فقال فى حق ماعز هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ولو تعين الحد بعد التوبة لما جاز تركه » الإعلام ج ٢ ص ٩٨ .

(١٧) يراجع تفصيل ذلك ونظرياته فى المغنى ج ٩ ص ١٩٧ وما بعدها والتشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٥ .

(١٨) صحيح البخارى ج ٦ ص ١٦ باب الحدود ونيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩٦ ط إدارة البحوث العلمية بالسعودية .

(١٩) معالم السنن للإمام أبى سليمان حمد بن محمد الخطابى البستى متوفى عام ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٠٠ ط المكتبة العلمية بيروت ١٤٠١ هـ .

تفرقة بين شخص وشخص وأن المسلمين تتكافأ دماؤهم [٢٠] وهذا مبدأ لايرد عليه فى الشرع الإسلامى أى استثناء على سبيل الإطلاق لا فى النص الجنائى ولا فى غيره [٢١] وطرفا الجريمة فى نظر الفقه الإسلامى سواء فى العقوبة إذا اتحدت الصفة أما إذا اختلفت الصفة فإن كل واحد يعاقب بما حدد له الشرع بغض النظر عن كونه رجلاً أو إمرأة فالزانى إن كان محصناً فعقوبته الرجم وكذلك من زنى بها إذا اتحدت صفتها مع صفته ومن كان غير محصن فيهما فالعقوبة الجلد لمن كان هذا صفته [٢٢] .

ويضاف إلى ماسبق أن الفقه الإسلامى وإن بدا فى ظاهره أنه أخذ بطابع الصرامة فى بعض العقوبات البدنية إلا أن هذه الصرامة فى العقاب تقابلها صرامة أو شدة أقوى فى الاثبات حرصاً على الأفراد حتى لاينزل عقاب الحد إلا لمن يستحقه فعلاً وفى ذلك يقول الغزالى عند حديثه عن حد الزنا « فانظر إلى الحكمة فى حسم باب الفاحشة بايجاب الرجم الذى هو أعظم العقوبات ثم انظر إلى ستر الله كيف أسدله على العصاه من خلقه بتضييق الطريق فى كشفه فنرجوا أن لانحرم هذا الكرم يوم تبلى السرائر » [٢٣] .

ومن هذا المنطلق فإن القاعدة أو الحكمة الشرعية أنه لا يجوز لأى إنسان أن يتبع عورات الناس لأن فى ذلك إفسادهم .

٨ ـ وقد يفرض فى التعزير عقوبة بدنية إذا اقتضى الأمر ذلك وهى بطبيعتها تقبل العفو من ولى الأمر مع مراعاة عفو من له الحق إذا كانت تمس الأفراد خلافا لبعض العقوبات المقررة الأخرى . كما أنه يمكن إضافتها إلى العقوبة الحدية إذا كان هناك مايبرر ذلك سياسة

---

(٢٠) نيل الأوطار ج ٧ ص ١٠ .

(٢١) يراجع عبد القادر عودة ص ٣٠٠ وما بعدها حيث عالج الاستثناءات الواردة فى نصوص القانون الوضعى على هذه الأحوال وآية هذه العمومات وشمولها لكافة بنى البشر فى المجال الجنائى خاصة أن عموم النص لم يفرق بين قتيل وقتيل ولا بين نفس ونفس وقد ذكر صاحب تبيين الحقائق أنه صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أتى له برجل من المسلمين قد قتل معاهدًا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال : « أنا أولى من وفىّ بذمته » ثم علق على هذا النص بقوله لأن القصاص يعتمد على المساواة فى العصمة كذلك فعل عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه حيث كان يقتص من المسلم إذا اعتدى على ذمى مهما كانت منزلة المسلم فى الحكم والإمارة وقصة عمرو بن العاص والى مصر مشهورة حيث اقتص الفتى القبطى من ابن عمرو وكذلك الحكم إذا سرق المسلم مال الذمى فإن يده تقطع لأن مال الذمى ونفسه معصومة . يراجع تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٠٣ دار المعرفة ببيروت وبداية المجتهد ج ٢ ص ٣٩٢ وص ٥٤٦ وما بعدها ط دار الكتب الإسلامية مصر ١٤٠٣ هـ والإسلام عقيدة وشريعة ص ٣٨٢ .

(٢٢) فى كتاب قصة الحضارة ذكر ول ديورانت أن زنا الرجل كان يعد من النزوات التى يمكن الصفح عنها أما زنى الزوجة فكان عقابه الإعدام كما كان الفرس يفرّقون بين الرجل والمرأة فى هذه الجريمة فينفون الزانى من البلاد ويجدعون أنف الزانية ويصلمون أذنيها ج ١ ، ٢ ، ص ١٨٤ ، ٢٧ .

(٢٣) يراجع أصل العقوبة فى الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان بحث د / عبد الرحيم صدقى ص ٨٢ .

«كالعود المتكرر فى الجنايات» وعلى أى حال فالقاعدة العامة فى عقوبة التعزير جوهرها . أن القصد منه الزجر ومن ثم فإن العقوبة يجب أن تكون عند تحقيق هذا الغرض فلا يجوز أن تقف دون الحد الذى يتحقق معه الزجر والمنع ولا أن تكون أزيد مما يلزم لتحقيق ذلك بل تكون على قدر الحاجة بما يتحقق معه الغرض من فرضها دون زيادة أو نقص فتحقق بذلك العدالة فى فرضها ومن المعروف أن العقوبة فى التعزير تبدأ بالأقل مثل النصح والإنذار واللوم وتنتهى بأشد العقوبات مثل الحبس أو الجلد وقد تصل إلى القتل فى بعض الجرائم الخطيرة . والعقوبة هنا غير مقدرة أصلاً وولى الأمر مفوض شرعاً بمعاقبة المذنبين فى جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة من غير موجبات الحدود والقصاص بأى نوع من أنواع العقوبات وبأى مقدار لا قيد عليه فى ذلك إلا قيد العدالة ومراعاة المصلحة المعتبرة شرعاً ولقد روى صاحب الكنز أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عزر رجلاً قال لغيره يامخنث وحبس رجلاً بالتهمة[٢٤] ومع أن الشارع الأول هو الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم أو على لسان النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلا أنه يجوز للسلطان أو ولى الأمر أن يسن القوانين عن طريق أهل الاختصاص كما أن إتباع هذه التشريعات من قبل الرعية واجب لاستناده على أسس شرعية من الكتاب والسنة والإجماع . فقد قال الله تعالى : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم »[٢٥] .

وفى السنة الصحيحة « من أطاعنى فقد أطاع الله ومن عصانى فقد عصى الله ومن يطع الأمير فقد أطاعنى ومن يعص الأمير فقد عصانى إسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشى كأن رأسه زبيبه من كره من أميره شيئا فليصبر عليه فإنه ليس لأحد من الناس خرج من السلطان شبرا فمات عليه إلا مات ميتة جاهلية إلا من ولى عليه وال فرآه يأتى شيئا من معصية الله فليكره مايأتى من معصية الله ولا ينزعن يدا من طاعة »[٢٦] .

وعن الحكمة من إجازة مثل هذه التشريعات هو أن هناك وقائع جديدة تحدث فى الحياة العامة فى دنيا الناس ينتفى فيها النص الشرعى وبالتالى تستوجب الحاجة لمثل هذه

---

(٢٤) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٠٧ كما أورد أيضًا أن التعزير يجوز بأخذ الأموال . ومصادرتها المصدر السابق ص ٢٠٨ كما أورد مراتب التعزير بتفصيل يمكن الرجوع إليه .

(٢٥) النساء آية ٥٩ مع أن هناك اختلافا فقهيا فى المراد بأولى الأمر إلا أن الرأى الراجح أنهم السلاطين وهذا رأى الجمهور وقد حددت طاعته بما كان لله فيه طاعة ولا تجب فيما كان لله فيه معصية انظر الجامع لأحكام القرآن ج ٥ ص ٢٥٩ .

(٢٦) انظر صحيح البخارى ج ١٤ ص ٢٢٢ ، ج ٢٤ ص ١٧٨ ، ٢٢٤ وكذلك صحيح مسلم ج ٦ ص ١٣ وما بعدها وهناك روايات أخرى مع اختلاف اللفظ .

التقنينات الفقهية . ولقد عبر الفقهاء عن ذلك قديما فقالوا : « إن الزجر عن الأفعال السيئة واجب وذلك لكى لا تعتبر ملكات فيفحشن ويستدرج إلى ما هو أقبح وأفحش فالتعزير محتاج إليه لدفع الفساد وإزالته من المجتمع »(٢٧) . ولتقارب طبيعة التعزير والسياسة الشرعية كأنهما يقفان فى خندق واحد للعمل على مصلحة الجماعة والإمام ابن القيم أفرد فصلا كاملا للسياسة الشرعية ومن أمثلته الكثيرة على ذلك التى ذكرها تحريق الإمام على رضى الله عنه للزنا دقة فى الأخاديد ونفى عمر بن الخطاب رضى الله عنه لنصر بن حجاج وتحريق أبو بكر اللوطية ولقد ثبت أن خالد بن الوليد رضى الله عنه كتب إلى أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه وجد فى بعض نواحى العرب رجلا يُنكح كما تنكح المرأة فاستشار الصديق أصحاب الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ وفيهم على بن أبى طالب رضى الله عنه وكان أشدهم قولاً فقال إن هذا الذنب لم تعص به أمة من الأمم إلا واحدة فصنع الله بها ماقد علمتم أرى أن يحرقوا بالنار فكتب أبو بكر إلى خالد « أن يحرّق » ففعل خالد وقد ثبت أن عبد الله بن الزبير حرقهم فى خلافته وكذلك فعله هشام بن عبد الملك أيضا(٢٨) . ومع شرعية التعزير بالكتاب والسنة والإجماع(٢٩) فقد منح القاضى الإسلامى سلطة مرنة ليتمكن من الحكم بالعقاب المناسب حسب الوقائع المنظورة من قبله مراعيا شخصية الجانى وظروف كل جريمة على حدة لأن الأصل فيه أنه على بينة تامة بأمور الدين والدنيا يقبض على زمام الأمور الاجتهادية دارياً بالناسخ والمنسوخ تنقاد له وعورة اللغة وتنقبض فى يديه أسرارها وليس ثمة خطر من اعطاء القاضى هذا السلطان الواسع فى جرائم التعازير لأنها ليست فى الغالب جرائم خطيرة ولأن التساهل فيها قد يصلح الجانى أكثر مما يفسده ونحن نتفق مع من يرى أن عقوبات التعازير تشكل القاعدة العامة للقانون العقابى وعقوبات الحدود والقصاص استثناءات من هذا الأصل العقابى(٣٠) وآية ذلك مايلى .

١ ــ أن عقوبات الحدود فى أغلبها عقوبات بدنية ذات طبيعة واحدة تقريبا فى حين أن

---

(٢٧) فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ والكنز للزيلعى ج ٣ ص ٢٠٨ .

(٢٨) انظر ابن القيم الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية دار الكتب العلمية ص ١٥ تحقيق محمد حامد الفق بدون تاريخ .

(٢٩) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٧ .

(٣٠) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٨٥ وما بعدها

أصل العقوبة فى الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان د / عبد الرحيم صدقى ص ٩٠ بحث مقدم لندوة حقوق الإنسان فى الإسلام جامعة الزقازيق ويؤيد ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم «إدرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أنْ يخطئ فى العقوبة » رواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها يراجع تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٧٥ .

عقوبات التعزير على قدر كبير من التنوع والاختلاف وبالتالى فالعقاب البدنى أحد القنوات الكثيرة المتفرعة عن القاعدة العقابية فى التعزير.

٢ - أن نطاق تطبيق أحكام الحدود الشرعية وشروطها ضيقة جداً وقلما تتوافر ومن ثم فإن التطبيق الجوهرى العام للعقوبة فى الإسلام يقبع فى التعزير[٣١].

٣ - أن الفقه الإسلامى يعاقب بالتعزير على كل الجرائم فيما عدا جرائم الحدود والقصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة لكنه عند إمتناع العقوبة الأصلية كعدم توفر شروط الحد تكون عقوبة التعزير عقوبة بديلة تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كما يمكن اعتبار عقوبة التعزير إضافة للعقوبة الأصلية كالتعزير فى الزنا عند أبى حنيفة وكإضافة التعزير للقصاص فى الجراح عند الإمام مالك وكإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعى[٣٢].

٤ - أن الفقه الإسلامى وإن كان قد عرف بعض العقوبات التعزيرية المعيّنة إلا أن مرونته وسعة أفقه تجعله يتسع لكل عقوبة تصلح للجانى وتؤدبه وتحمى الجماعة من إجرامه ذلكم أن القاعدة العامة فى الشريعة مضمونها أن كل عقوبة تؤدى إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هى عقوبة مشروعة[٣٣].

٥ - التعازير عقوبات غير مقدرة وللقاضى أن يختار منها ماتلائم المعروض عليه من وقائع وهى غالبا ذات حدين ومن سلطة القاضى أن ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى وهو غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هى بالذات الملائمة للجريمة والمجرم بل إن من حق القاضى على الرأى المختار أن يرتفع بالعقوبة التعزيرية إلى القتل والقطع إذا كان هناك نص تشريعى بذلك استثناء من القاعدة العامة التى ترى أن العقوبات التعزيرية للتأديب وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالبا[٣٤]. والحق أن رأى الكثير من الفقهاء بإجازة عقوبة القتل تعزيراً له مايبرره إذا دخل فى نطاق المصلحة العامة الشرعية أو فى نطاق فساد المجرمين لاسيا فى الجرائم الخطيرة كالتخابر مع دولة أجنبية ضد بلاد المسلمين وكل أنواع جرائم الجاسوسية مثلاً. وبطبيعة الحال فإن القتل تعزيراً

---

(٣٢) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٨٥.

(٣٣) المصدر السابق ج ١ ص ٦٨٥.

(٣٤) أورد ابن فرحون ما يفيد رأيه الذى يتضمن أن التعزير إنما يجوز منه ما أمنت عاقبته غالبًا وإلا لم يجز إلا أنه ذكر أن هناك من يرى أن عقوبة التعزير قد تصل إلى القطع والقتل واستشهد على ذلك بعدة أمثلة يراجع تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٤ ط العامرة الشرفية مصر ١٣٠١ هـ والطرق الحكمية ص ٢٦٥ وما بعدها والبدائع ج ٧ ص ٦٣ وما بعدها ط دار الكتاب العربى بيروت ١٤٠٢ هـ.

باعتباره استثناء من الأصل فإنه لايتوسع فيه ولايترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية بل يجب أن يعين ولى الأمر على سبيل الحصر الجرائم التى يجوز فيها الحكم بالقتل تعزيرا والباب مفتوح لاجتهاد الفقهاء فى هذا الشأن وعلى أى الأحوال فإن هناك عدة حقائق يجب ألا تغيب عنا وهى :

المبحث الثالث
« حقائق تشريعية إسلامية »

١ ـ الشريعة الإسلامية حصرت القتل باعتباره عقوبة بدنية فى أربع جرائم من جرائم الحدود وهى الزنا ـ الحرابة ـ الردة ـ البغى وجعلته عقوبة فى جريمة واحدة من جرائم القصاص وهى القتل العمد .

٢ ـ عند الأخذ بوجهة نظر من يحظر القتل تعزيراً فى الفقه الإسلامى تنحصر عقوبة الإعدام فيما سبق ذكره وبالتالى تكون هذه العقوبة مقررة لخمس جرائم فقط . أما عند الأخذ بوجهة النظر المضادة وهى إباحة القتل تعزيراً لاسيما فى جرائم الجاسوسية وماشاكلها وهذا مانؤيده حرصاً على المصلحة العامة فإن عدد عقوبات القتل باعتباره عقوبة بدنية لاتزيد بأى حال على سبع أو ثمان جرائم وتلك ميزة الشريعة الإسلامية فلا إسراف فى القتل باعتباره عقوبة ولا فرض لها دون مقتض ولاتنفيذ لها دون تحرى وتثبت أكيدين بل إن هناك أصواتاً عالية لبعض مفكرى الإسلام لايستهان به . ترى أنه إذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم فإن الوسيلة هنا هى الحبس حتى الموت وليس القتل .

٣ ـ أن الفقه الغربى الجنائى إلى أواخر القرن الثامن عشر كان يقرر عقوبة الإعدام لعدد هائل من الجرائم فالقانون الإنجليزى كان يفرض هذه العقوبة لمائتى جريمة والقانون الفرنسى لعدد قريب من هذا . ولقد حاولت بعض بلاد أوروبا فى العهد الأخير أن تلغى عقوبة القتل ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التى ترى فى عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لايرجى صلاحهم من المجرمين وإن كانت بعض دول أوربا قد ألغت هذه العقوبة فقد عادت إليها مرة أخرى(٣٥) .

---

(٣٥) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٨٩ ويقول الأستاذ حسين جميل فى مؤلفه «نحو قانون عقابى موحد للبلاد العربية» إن القانون الإنجليزى كان يعاقب بالإعدام على ٢٢٠ جريمة فى عام ١٨١٠ ثم بعد ذلك أخذت هذه =

٤ ـ أن الشريعة الإسلامية حصرت العقوبات البدنية فى القتل كما سبق ذكره . وفى الجلد لطائفة خاصة من الزناة لتجرأهم على كشف عورات ضرب الله عليها الحجاب واستباحتهم لهذا المحرم الخبيث فكسر نطاق الطهارة والفضيلة من المجتمع وكذلك نفس العقوبة لجريمة شرب الخمر وجريمة القذف والقطع لجريمة السرقة والسرقة الكبرى أحيانا وهى جرائم كما نرى القاسم المشترك فيها الاعتداء على النظام الاجتماعى للأمة على أن بعضها وإن ظهر فيه للعباد حق بجانب حق الله تعالى : « المجتمع » إلا أن قوة حق العبد لاتقوى على مواجهة قوة حق الله تعالى فيها والعقوبات البدنية فى الشريعة الإسلامية تتفاوت بتفاوت الجنايات وفى ذلك يقول الإمام ابن القيم « من المعلوم أن النظرة المحرمة لايصلح إلحاقها فى العقوبة بعقوبة مرتكب الفاحشة ولا الشتم الخفيف بالقذف بالزنا » إلى أن يقول « وكان من المعلوم أن الناس لو وكلوا إلى عقولهم فى معرفة ذلك وترتيب كل عقوبة على مايناسبها من الجناية جنسا ووصفاً وقدراً لذهبت بهم الآراء كل مذهب وتشعبت بهم الطرق كل شعب ولعظم الخلاف واشتد الخطب فكفاهم أرحم الراحمين وأحكم الحاكمين مؤنة ذلك وأزال عنهم كلفته وتولى بحكمته وعلمه ورحمته تقديره نوعا وقدرا ورتب على كل جناية مايناسبها من العقوبة ويليق بها من النكال »(٣٦) .

والماوردى الشافعى فى معرض حديثه عن إحدى العقوبات البدنية « الجلد » كعقوبة لجريمة الزنا يقول : « أما البكر الذى لم يطأ زوجة بنكاح فيحد إن كان حراً مائة سوط تفرق

= العقوبة فى التقلص وذلك لرد الفعل المناهض لتشريعها فأصبحت مقررة فى ١٥ جريمة عام ١٨٣٧ وفى عام ١٨٦١ قررت فى أربع جرائم ومازالت كذلك للآن وهذه الجرائم هى القتل العمد ـ الخيانة العظمى ـ القرصنة ـ حرق مرابض ومخازن الأسلحة وفى فرنسا فى أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر أخذت عقوبة الإعدام كذلك فى التقلص ففى عام ١٧٩١ كان يقضى بهذه العقوبة فى ٣٢ حالة وقانون ١٨١٠ قررها فى ٣٦ حالة ثم جاء قانون ١٨٣٢ فألغاها فى تسع جرائم وفى عام ١٨٤٨ ألغيت فى الجرائم السياسية وفى ١٩٠١ ألغيت بالنسبة للأم التى تقتل إبنها حديث الولادة وأصبح القانون الفرنسى لا يعاقب بالإعدام إلا على الاعتداءات التى تقع مباشرة على حياة الإنسان يراجع ص ٣١١ وفلسفة العقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر د / فكرى أحمد عكاز ص ٢٤١ والواقع أن هناك قوانين كثيرة مازالت تقرر عقوبة الإعدام حتى هذا العصر وضمن هذه القوانين القانون المصرى فبعض الجنايات التى تضر بأمن الحكومة من جهة الخارج عقوبتها الإعدام م ٧٧ ع وما بعدها وبعض الجنايات المضرة بأمن الحكومة من الداخل م ٨٦ ع وما بعدها وجنايات تعريض وسائل النقل للخطر عمدًا إذا نشأ عنها موت إنسان م ١٦٨ ع والقتل العمد المقترن بسبق الإصرار أو الترصد م ٢٣١ ع والقتل العمد بالسم م ٢٣٣ ع والحريق العمد إذ نشأ عنه موت شخص كان موجودًا فى الأماكن المحرقة وقت إشعال النار م ٢٥٧ ع وشهادة الزور إذا حكم على المتهم بناء عليها بالإعدام ونفذ فيه الحكم م ٢٩ ع انظر دروس فى قانون العقوبات ومحمود نجيب حسنى ص ٤٦٠ وموجز القانون الجنائى د / على راشد ص ٥١١ .

(٣٦) انظر الإعلام ج ٢ ص ١١٥ ط مكتبة الكليات الأزهرية تعليق طه عبد الرءوف سعد بدون تاريخ .

فى جميع بدنه إلا الوجه والمقاتل ليأخذ كل عضو حقه بسوط لاحديد فيقتل ولا خلق فلا يؤلم »[٣٧] .

٥ ـ والعقوبة البدنية فى الفكر الإسلامى وسيلة لتقويم واصلاح مسلك الجانى ومنعه من الإجرام مرة أخرى وهذا يعنى الربط بين العقوبة والظروف الشخصية للمجرم ومما يؤكد أو يقوى هذا النظر أن المالكية والظاهرية يعتبرون أن العقوبات المقررة لجريمة الحرابة ليست على ترتيب الأفعال التى يمكن أن ترتكب بها هذه الجريمة وإنما هى عقوبات يخير بينها القاضى حتى يقضى منها بما يكون أصلح للجانى وللمجتمع فى الحالة المعروضة عليه[٣٨] وأيضا فإن العقوبة البدنية فى الشريعة الإسلامية قصد بها الزجر والردع[٣٩] سواء أكانت جلداً أم قطعا أم قتلا .

وفى الشرع الإسلامى تظهر الرحمة جلية عند تنفيذ العقوبات البدنية فالجلد مثلاً جعل عقوبة للجناية على الأعراض وعلى العقول وعلى الأبضاع ولم تبلغ هذه الجنايات مبلغا يوجب القتل إلا الجناية على الأبضاع فى بعض صورها ومن ثم فلا قتل . بل إن فى جعل عقوبة الرجم على الهيئة التى صورها النص القرآنى إشارة إلى أن الرجم لايصاحبه الموت الفورى والتنفيذ بهذا المسلك يفتح باباً واسعاً لتدارك ماقد يكون من خطأ أو كذب وقع فيه الشهود أو ظروف أدت إلى الاقرار وليكون وسيلة لسبر غور نفس الشاهد أو المقر فعساه قد رضى الشهادة زوراً أو أقدم على الاعتراف تحت ظروف يأس من الحياة ولذلك سلك المشرع قبل هذه المرحلة سلوكا ينبنى عليه وبالضرورة شروطاً لاتكاد نعثر عليها فيما يتعلق

---

(٣٧) الأحكام السلطانية ص ٢٢٣ .

(٣٨) يراجع فى أصول النظام الجنائى د / محمد سليم العوا ـ ص ٧١ وانظر دفاع الإمام ابن حزم عن هذه المسألة فى المحلى ج ١١ ص ٣١٥ وما بعدها مسألة رقم ٢٢٦٠ وهذا ليس بغريب على الفقه الإسلامى فالجلد فى جناية الشرب قدر بأربعين فلما استخف الناس بأمرها وتتابعوا فى ارتكابها غلظها الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث جعلها ثمانين ونفى فيها وحلق الرأس وهذا كله من فقه السنة فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الشارب فى المرة الرابعة ولم ينسخ ذلك ولم يجعله حدًا لابد منه فهو عقوبة ترجع إلى اجتهاد الإمام فى المصلحة حسب الواقعة وحسب شخص الجانى انظر الأعلام لابن القيم ج ٢ ص ١١٦ .

(٣٩) فى الفرق ٣٩ بين قاعدة الزواجر وقاعدة الجوابر يقول صاحب الفروق ما نصه وإن الزواجر نعتمد المفاسد فقد يكون معها العصيان فى المكلفين وقد لا يكون معها عصيان كالصبيان فإنا نزجرهم ونؤدبهم لا لعصيانهم بل لدرء مفاسدهم واستصلاحهم ثم هى قد تكون مقدرّة كالحدود وقد لا تكون كالتعاذير وأما الجوابر فهى مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة والزواجز مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة ولا يشترط فى حق من يتوجه فى حقه الجابر أن يكون آثمًا ولذلك شرع مع العمد والجهل والعلم والنسيان ... إلخ » انظر الفروق للقرافى ج ١ ص ٢١٣ ط عالم الكتب بيروت بدون تاريخ كما يراجع الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٣ بشرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج ١٠ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧ ط الحلبى مصر ١٣٩٨ هـ .

بالشهود وشروطهم وظروف واقعة الجناية وملابساتها .

٦ - كما أن فتح باب العفو عن القصاص أمر يستحق النظر والتروى لاسيما وأن العفو عن القصاص قد تأتى الدية بديلاً عنه أو عفواً خالصاً لوجه الله والشريعة الإسلامية قد حثت على العفو قال الله تعالى : « فمن تصدق به فهو كفارة له » وقال النبى - صلى الله عليه وسلم - « ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاده الله بها عزا » وقال أنس « مادفع إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو »[٤٠] .

هذه هى أهم ملامح الشريعة الإسلامية عن العقوبات البدنية التى تولدكل يوم من خلال عطاء يتجدد ومجد لايتبدد من خلال فضل كبير لايعطيه الله إلا توفيقا . غابت فازدادت قامتها طولاً وازداد الفراغ بعدها عرضاً وعمقا وقد يجتمع أهل الإسلام فى مناسبات فتكتمل لهم كل المعانى إلا المعنى الفنى الذى يظل شاغرا عاطلا لم يملأه أحد ولن . هذه هى الشريعة التى لهث وراءها أهل الفقه الغربى فاقتبسوا وترجموا وقننوا من المدونات ومن المختصرات ثم أنكروا واتهموا وهاجموا افتراء[٤١] أما كيف ذلك ؟؟ فمن خلال ما يأتى نعرف كيف ..

المبحث الرابع
أثر الشريعة الإسلامية على المرحلة الثانية من مراحل الفكر التشريعى الغربى

فيما سبق عالجنا باختصار شديد بعض معالم الفقه الإسلامى فى شقه الجنائى وطرحنا على القارئ الرؤية الفكرية فى هذا الشأن ومضمونها فى نظرنا أن تطبيق العقوبات البدنية عموما فى الشريعة الإسلامية لايجوز إلا كلاً متكاملا لأن حد الزنا مثلا قام على أساس أن الجماعة الإسلامية محفوظة فيها الأعراض بالشريعة لاحكما فحسب بل واقعا مطبقا أيضا وأن حد السرقة قام على أساس مجتمع شيدت هياكل وقواعد اقتصاده على أسس فقهية إسلامية

---

(٤٠) الحديث الأول رواه أحمد ومسلم والترمذى وصححه والثانى رواه أبو داود وابن ماجه والنسائى وأحمد نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩ وما بعدها .

(٤١) رحم الله أبى الحسن البصرى فقد قال قولاً جميلاً يصلح لهذا المقام وكأنه كان يرجم بالغيب راجع أدب الدنيا والدين ص ٩٨ وما بعدها ط دار إقرأ بيروت بدون تاريخ .

خالصة نظريا وعمليا معا حتى ليصبح العدوان على الأموال فيه وقد تحقق لكل فرد حقه المشروع فى أسباب الحياة مجرداً عن كل شبهة جريمة تستحق شديد العقاب ومن ثم فالمال المعصوم بموجب نصوص شرعية له مايستوجب حمايته لأن صاحب هذا المال حصل عليه أو جمعه وفق إطار شرعى وبالتالى نال هذا المال حصانة وحصل صاحبه على حماية حيث أدى كل الحقوق المفروضة على هذا المال وهكذا .... إلخ[٤٢] ومما يضفى على هذا الجانب الفقهى قداسته أنه لم يوكل ـ فى ـ أكثر عقوباته المفروضة إلى سلطة دنيوية تحتاج عند وصفها لقاعدة ترى أن فيها إصلاحا عاما استرضاء العامة والخاصة وآية ذلك أن سيادة وسمو القانون الإسلامى مرجعها إلى ما أنزل الله عز وجل وإلى ما أوحى به إلى رسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « وكذلك أوحينا إليك روحا من أمرنا ماكنت تدرى ما الكتاب ولا الإيمان ولكن جعلناه نوراً نهدى به من نشاء من عبادنا وإنك لتهدى إلى صراط مستقيم ، صراط الله الذى له ما فى السموات وما فى الأرض ألا إلى الله تصير الأمور »[٤٣] ذلكم أن الله واحد لاشريك له وأنه لامعقب لحكمه وأنه جعل كتابه تبيانا لكل شيء تفصيلاً أو تأصيلا حتى لايترك الناس سدى[٤٤] .

يقول الدكتور فتحى عبد الكريم فى رسالته المقدمة لجامعة القاهرة إن كلمة سيادة (Soureralnete) وإن لم تعرف عند أهل الفكر السياسى الإسلامى بذاتها إلا أن معنى سيادة القانون فى الإسلام أن يكون الحكم لكتاب الله[٤٥] فالجميع تحت سلطانه وفى ظل طاعته ومن المسلمات فى مسألة سيادة القانون فى الفقه الإسلامى ألا يطاع الحاكم إذا خالف القانون فشرعية حكمه أو قيادته تسقط إذا شذ عن هذا الأمر[٤٦] لأن هذا القانون

---

(٤٢) أورد صاحب الروضة الندية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عن الثار وما أخذ منها فى أكمامها «قال من أخذ بفمه ولم يتخذ جنبه فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال» وهذا جزء من حديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده انظر ج ٢ ص ٣٩٩ ط الشئون الدينية بدولة قطر وفى النص إشارة إلى المعنى المراد بالحقوق المفروضة .

(٤٣) الشورى آية ٥٢ ، ٥٣ .

(٤٤) يعلق الإمام الشافعى فى رسالته على الآية بقوله «والسدى الذى لا يُؤمر ولا يُنهى» ص ٢٥ تحقيق الأستاذ أحمد محمد شاكر . ط . دار التراث . مصر .

(٤٥) كلمة سيادة كلمة فرنسية بحتة ليس لها نظير فى اللغات الأخرى وهى تكفى للدلالة على الأصل الفرنسى لفكرة السيادة وقد ولدت هذه الفكرة أثناء الصراع الذى خاضته الملكية فى فرنسا فى العصور الوسطى بغرض تحقيق استقلالها الخارجى فى مواجهة الامبراطور والبابا وبقصد تحقيق تفوقها الداخلى على امراء الاقطاع انظر الدولة والسيادة فى الفقه الإسلامى د . فتحى عبد الكريم رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ص ٢٣ .

(٤٦) يراجع ما كتب فى الفكر السياسى الإسلامى فى هذا الشأن خاصة إمارة الغلبة .

لاينالَه نسخ أو تعديل من بشر هذا فضلا عن أن هذا القانون الإسلامى فيه متسع لكل جديد للتعبير عن ضمير الجماعة Conscience Lollective « باب التعزير »[٤٧] .

هكذا كانت الشريعة الإسلامية بكل مبادئها وقواعدها وأفكارها منذ نشأت فى مكة وحتى حملها أهل العزم إلى أقصى الشمال الأفريقى ثم إلى الغرب الأوربى فى نهاية القرن الأول الهجرى « الأندلس » حيث أقام المسلمون حضارة فتية قوية ينبعث منها نور كاشف فى شتى نواحى الفكر فقواعد الحكم من حرية وشورى ومساواة وعدل ومعارضة ونقد وتفريق بين السلطات وحق للمواطنين وواجبات عليهم وكذلك الحاكم[٤٨] ثم ظهور كواكب أعلام من رجال الفكر فى شتى ميادينه فى الطب والكيمياء والفقه والتشريع ... إلخ هذا فضلا عن فرضية طلب العلم فى الإسلام ونشره مما ينبنى عليه وبالضرورة اتصال أو احتكاك بين الأوربيين وبين العرب الفاتحين وأفاد أهل أوربا من المدارس والجامعات والمعاهد التى أنشأها العرب فى بلاد الأندلس .

والذى لاشك فيه أن الاتصال كان قائما بين المسلمين والمجتمعات الغربية التى تجاور حدود الدولة الإسلامية فى الأندلس وماوراء هذه الحدود أيضا فإذا ما أضفنا إلى ذلك أن البحر الأبيض المتوسط كان بحيرة إسلامية وأن أكثر جزره أصبحت تحت سلطان الإسلام

---

(٤٧) ومن العجب أن بعض مفكرى الغرب عالج مسألة سيادة القانون فى الإسلام بشىء من التحيز العادل يراجع ماكتبه الأستاذ دافيد سانتيلانا فى مؤلفه «القانون والمجتمع فى الشريعة الإسلامية» .

" Law and society in the Legacy of Islam (Edited by Sir Thomas Arnold and A Guillaume Oxford 1931) p.p. 284 - 310 .

ومما جاء ضمن فقرات هذا المؤلف مايلى :

(At The head of This Commity of equals brothren in The Faith as in Israel of old, Is God himself The rule of Allah over his people is immediate and direct) .
Islam is the direct Government of ALLAH, The rule of God Whose eyes are upon his people, The principle of unity and order which in other societies is called (civitas) polis (state) in Islam is personified by ALLAH Is The name of the supreme power acting in the Common Interest... Law according to the ancients and ourselves is the Legal norm approved by the people, directly or through the organs that represent them and drives its authority from the reason and will of man his moral nature the Muslim Conception is quite different If it be tyue that the chief and ruler of The Islamic Community is God himself Law is naught Save The will of God It is The rule according to which ALLAH. The Legislator to The people whome He has chosen will try it) .

وهكذا فالإسلام هو الحكومة أو الحكم المباشر لله سبحانه وتعالى و ا . د محمد بدر أشار إلى هذا المصدر العلمى فى مؤلفه تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ص ٣٠٢ .

(٤٨) يراجع على سبيل المثال تبصرة الحكام لابن فرحون ـ بدائع السلك لابن الأزرق ومعين الحكام لعلاء الدين الطرابلسى والأحكام السلطانية للماوردى وغيره والإمامة والسياسة لابن قتيبة الدينورى .

كما أن الجيوش الإسلامية قد طرقت الباب الشرقى لأوربا ودخلته وأن أهل الإسلام أنشأوا وشيدوا المعاهد والجامعات ودور العلم فانضم إليها أبناء البلاد الأصليون والوافدون من الممالك الأوربية المختلفة وقد صاحب ذلك نشاط هائل فى تعلم اللغة العربية ثم الترجمة إلى اللغات الأوربية على يد من التحق فى مدارس العرب من الوافدين واليهود الذين كانوا يقومون بهذا الدور أيضا .. مما أتاح لفجر مايسمى بعصر النهضة أن يبزغ وكان من أهم النتائج لهذا الاحتكاك العلمى الثقافى والأخذ عن المسلمين فى شتى نواحى الفكر إسقاط وإلى الأبد استبداد الكنسية بالحياة السياسية والعصف بقداسة الحق الإلهى وقد عبر جيبون فى مؤلفه إضمحلال الأمبراطورية الرومانية وسقوطها عن ذلك بقوله « فلقد كان الحاكم فى الكنيسة والحكومة الكنسية هو من بحكم تعليمه وتنشئته أكثر الناس عداء للعقل والإنسانية والحرية لقد تعلم وهو عبد أسير لعقيدته أن يؤمن لأنه من الحق أن يبجل كل ما يدعو إلى التحقير وأن يحقر كل ما يستحق تقدير الرجل المتعقل وأن يعاقب على الهفوة كأنها جريمة . إلى أن يقول . وأن يعتبر كتاب القداس والصليب أداتين أكثر نفعا من المحراث والنول »[٤٩] .

كذلك تم اسقاط استبداد الكنيسة بالحياة الفكرية حيث عاد التواصل الحضارى بين أوربا وتراثها القديم عبر الفكر الإسلامى ومن خلال قنواته . والغرب عموما تأثر بالتقدم المادى للمسلمين بسرعة تفوق تأثره بتقدمهم الفكرى خاصة فى مجال التشريع والقانون ومايرتبط به من إقرار لحقوق الإنسان ـ وجيبون يرى أن مرجع ذلك إرتباط هذا الأمر بالعقيدة الإسلامية التى لم يتقبلها الغرب برحابة صدر ولا أفق متسع هذا فضلا عن أن أكبر جزء من سكان أوربا كان مغلولا إلى الأرض دون حرية أو ملكية أو معرفة بحكم أفانين رجال الدين وسيوف البارونات[٥٠] . ونحن بدورنا نرى أن هذا القول صحيح ويستحق التقدير لكنه على أى حال يحمل فى طياته أن أول ميادين تأثرت بها أوربا نتيجة اتصالها بالفكر الإسلامى فى الأندلس وجزر البحر المتوسط ـ هى .. التجارة والصناعة ثم بعد ذلك ميدان التشريع والقانون . فالقول إذن بأن علماء ومفكرى الإسلام لم يسهموا فى مجال التشريع عموما بما فى ذلك الشق الجنائى اجتهادا وتوضيحاً لنصوص قرآنية أو نبوية

---

(٤٩) يراجع ج ٣ ص ٤٤٢ ط القاهرة ١٩٦٩ م ويراجع تاريخ البشرية «القرن العشرين» ج ٢ مجلد ١ ص ٢٨٦ إعداد اللجنة الدولية بإشراف منظمة اليونسكو ط القاهرة ١٩٧١ . وقد أفاض أ. د المجدوب فى هذه المسألة فى كتابه الظاهرة الإجرامية .

(٥٠) اضمحلال الامبراطورية الرومانية وسقوطها ص ٢٦٩ كما يراجع علم العقاب للدكتور عبد الرحمن علام ص ٩ ط ثانية ميزما سنة ١٩٨٧ .

فى عهود ماقبل يقظة الغرب قول لايدعمه دليل كما أن هذا الاسهام الفكرى تم نقله إلى الغرب ثم جاءت مرحلة تحويره وتطويعه وإلباسه ثياب الفرنجه وتصديره إلينا على شكل نظريات نبتت عندهم وفى أرضهم وهى تصلح لسياسة الدنيا كلها كما يدعون فهذا قول لايتفق والصواب ويصطدم بالحق والعدل بل إن بعض الباحثين يرى أن هناك أفكاراً علمية صيغت لدى الغرب . حديثا لخدمة أهداف أيدلوجية مغينة جوهرها التنفير من إقامة دولة فى منطقة الشرق على أسس فقهية إسلامية صحيحة لأنهم يعلمون تمام العلم أن الإسلام ينكر على أهله الرضا بالتخلف والمذلة وقبول الاستغلال ومن المدهش أن بعضنا يتحمس أحيانا لبعض هذه الأفكار لدرجة التعصب . إلا أنه لوحظ أخيرا أن بعض علمائنا تنبهوا إلى هذه الشراك العلمية فحذروا وأكدوا على ضرورة مراجعة النظريات الغربية .

فى العلوم الإنسانية(٥١) قبل اقرارها وليس ثمة شك فى أن الظروف التى احتك فيها الإسلام بالحضارات الأخرى لكل بلاد العالم تختلف عن احتكاك الإسلام بحضارة الغرب الآن ـ فروما وفارس والهند والصين صادمت حضارتهم الإسلام فى وقت كان الدين الإسلامى له السيطرة الكاملة على القوى الفكرية والعملية فى الذين اتبعوه كما أن روح الجهاد والاجتهاد كانت قوية فيهم مما جعل لهم الغلبة العالمية ماديا وروحيا ولذلك أحدثوا انقلابا فى فكر هذه الأمم ونظرياتها العلمية وعلومها وأخلاقها وتشريعاتها وعاداتها وأسلوب تمدنها ونحن لاننكر أن الحضارة الإسلامية آنذاك أخذت من الغير أشياء كثيرة لكنها ذابت فى قالب الحضارة الإسلامية وفقدت فرديتها تماما .

وعندما خمدت فى المسلمين روح الجهاد والاجتهاد وجعلوا كتاب الله الذى أخذوا منه نور العلم وقوة العمل تذكارا مقدسا فغلفوه ووضعوه فى المحاريب وتركوا السنة النبوية المطهرة توقف سير رقيهم وتحول النهر الجارى إلى مستنقع ساكن آسن فانعزل المسلمون عن منصب الإمامة فى العالم فنشأت إزاء ذلك حضارة أخرى تقدمت حتى فتحت بسيفها بلاد المسلمين وسيطرت على عقولهم قبل أجسامهم . ومايجرى الآن من مواجهة واحتكاك ليس بين حضارة غربية وإسلام بل بين الأولى وحطام حضارة أتى عليها الزمان وأكلتها عوامل التعرية . وفى اليوم الذى يأخذ فيه أهل الإسلام بناصية أمورهم لاتقف أى حضارة فى العالم فى سبيل تقدمهم والدليل على ذلك أن سياسة الرئاسة فى السلطة عند المسلمين تستق

---

(٥١) يراجع الدكتور أحمد أبو زيد أزمة العلوم الإنسانية بمجلة عالم الفكر الكويت المجلد الأول عدد ١ ص ٢٢٩ وما بعدها كما يؤيد هذا الرأى بشدة د/أحمد على المجدوب الظاهرة الاجرامية ص ٣٣ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٥ .

شرعيتها من نصوص دستورية عليا وبالتالى لاتستطيع أى حضارة أن تزاحم هذه النصوص بمنكبيها وتقوم أمامها كالند[٥٢] .

(٥٢) نحن والحضارة الغربية للمفكر الإسلامى أبى الأعلى المودودى ط . دار الفكر بدون تاريخ ص ٤٣ ونحن لا نتفق مع كل الآراء التى طرحها المؤلف رحمه الله فى هذا الفصل وليس هذا بمحل الذكر وتفاصيل ما يتعلق بهذا الأمر يراجع العلمانية ونهضتنا الحديثة د محمد عمارة ط دار الشروق سنة ١٤٠٥ هـ ص ٩ وما بعدها .

الفصل الثانى
« أهداف العقوبة »

تمهيد :

يقول العز بن عبد السلام فى قواعده مبيناً الأساس الفلسفى لأهداف العقوبة مايلى : « ربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح لا لكونها مفاسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح وذلك كقطع الأيدى المتآكلة حفظاً للأرواح وكالمخاطرة بالأرواح فى الجهاد وكذلك العقوبات كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد بل للمصلحة المقصودة من شرعها كالقطع والقتل والرجم أوجبه الشارع لتحصيل ما يترتب عليها من المصالح الحقيقية وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب »[٥٣] .

ومع أن مصالح الجماعة نسبية لأن الأغراض فى الأمر الواحد تختلف بحيث إذا نفذ غرض بعض الناس وهو منتفع به تضرر آخر لمخالفة غرضه فحصول الاختلاف فى الأكثر يمنع أن يكون وضع الشريعة على وفق الغرض والشهوة وإنما يثبت وضعها على وفق المصالح مطلقا وافقت الأغراض أو خالفتها[٥٤] .

ومصالح الناس أو مقاصد الشريعة لاتزيد على ثلاثة أقسام .

الضرورى ـ والحاجى ـ والتحسينى[٥٥] ولئن كان الضرورى هو ماتقوم عليه حياة الناس ومصالح دينهم ودنياهم معا والحاجى هو مايقع فى الرتبة الثانية بعد الضرورى بحيث

---

(٥٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٢٧ وما بعدها ويراجع مقدمة ج ٢ من الموافقات للشاطبى ص ٥ وما بعدها ط دار الفكر تعليق المرحوم عبد الله دراز .

(٥٤) الموافقات ج ٢ ص ٣٧ وما بعدها المسألة الثامنة من مقاصد وضع الشريعة ويراجع فلسفة العقوبة لأستاذنا المرحوم أبو زهرة ص ٤٤ .

(٥٥) ومجموع هذه الضروريات خمس وهى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وهذه الضروريات يراعيها كل تشريع حتى الوضعى منها غير أن أسلوب المراعاة هنا يختلف دقة وحكمة من تشريع لآخر .

لايترتب على فقده إختلال نظام الحياة كما يحدث لو تخلف أمر ضرورى حيث حاجة الناس هنا لهذا النوع من المصالح إنما للتيسير ودفع الحرج والتحسيني مصالح لايترتب على فقدها فوات أمر ضرورى أو حاجي وإنما هى أمور تقتضيها الآداب وسير أمور الناس على أحسن حال حيث ترجع إلى مكارم الأخلاق(٥٦) وهذه المصالح وثيقة الصلة بالعقوبة فى النظام الجنائى الإسلامى من حيث قوتها وهدفها بمعنى أنه كلما ينجم عن السلوك بالضرورة ضرر خطير بالجماعة تكون العقوبة أشد فالعقوبة تسير مع الاعتداء قوة وضعفا فتكبر عندما يكبر الاعتداء والعكس صحيح ولنأخذ الزنا كمثال. فهو اعتداء فيه ضرر على الجماعة من حيث هدم مقومات الأسرة والقضاء على النسل كما أنه يضر بالفرد من حيث جلب الأمراض المهلكة والتى تتفشى فى الناس وهكذا .

ومن هنا فإن كل عقوبة ما . المفروض فيها أن تحقق هدفا حدده المشرع سلفا قصد به مصلحة من شُرع لهم(٥٧) ولننظر الآن لنرى أهم المدارس الفكرية أو النظريات التى عالجت مايتعلق بأهداف العقوبة فى الفكر الوضعى ومايقابل هذا فى النظام الجنائى الإسلامى .

ومن المعروف . أن محاولة تحديد أغراض العقوبة . فى الفقه الوضعى بدأت فى عجز القرن الثامن عشر الميلادى ومازالت إلى اليوم وقد أفرزت هذه المحاولة خلال مدة قرنين من الزمان تقريبا عدة نظريات أو مدارس فكرية ساد بعضها فى وقت معين ثم تراجع فى وقت آخر لمزاحمة أفكار مدرسة أخرى تغلبت عليها مما جعل هذه النظريات لاتتسم بالثبات والديمومة بالرغم من افتراض كل مدرسة من هذه المدارس نظرة شاملة ومتكاملة فى النظام الجنائى فى مجموعه ـ وهذا الأمر فى حد ذاته يمثل فى تقديرنا تذبذباً فكرياً غير ثابت فى مقاييس أهداف العقوبة ينبنى عليه زعزعة الثقة فى القضية بكاملها حيث تكون الواقعة واحدة وصفة العقوبة مختلفة طبقا لوجهة نظر كل اتجاه أو مدرسة فكرية ـ ومما تجدر الإشارة إليه أن العقوبة البدنية فى الفقه الإسلامى قد تكون جزاءً لحد أو قصاص أو تعزير ويحتاج الأمر لبيان أهداف العقوبة على نمط مايكتب فى الفقه الوضعى .

---

(٥٦) يراجع فى ذلك أكثر كتب الأصول مثل المستصفى للغزالى والموافقات للشاطبى وغيرهما وقد ضرب الفقهاء أمثلة كثيرة لكل نوع كما يراجع تعليل الأحكام لأستاذنا محمد مصطفى شلبى ص ٢٨٢ وما بعدها دار النهضة ببيروت سنة ١٩٨٦ م .

(٥٧) لست الآن بصدد الحديث الشامل عما يتعلق بقضية المصلحة من حيث التعريف والتقسيم والحجية وتبدل الأحكام بتبدل المصالح وتعارضها مع الاجماع إلخ . فذلك له موقع آخر.

المطلب الأول

« هدف العقوبة التعزيرية »

يمكن تلخيص أهم أهداف العقوبة التعزيرية فيما يلى :

أولاً : الردع والزجر :

حدد الهدف من عقوبة التعزير الفقيه الزيلعى فى شرحه على متن الكنز حيث نص على أن الغرض من التعزير هو الزجر وسمى التعزيرات زواجر غير مقدرة . وحتى يصل هذا الفقيه إلى الهدف من هذه العقوبة تماما كما حدده يرى أن الضرب فى التعزير يجب أن يراعى فيه الشدة لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدى إلى فوات المقصود وهو الإنزجار على حد تعبيره(٥٨) .

والزجر عند الفقهاء يعنى سلاحا ذا حدين فهو يمنع الجانى من العود إلى السلوك المجرّم حيث يوقف نشاطه تماما فى هذا الشأن فيجعله لايعاود الجريمة أو حتى يباشر أسبابها ولو كان تحريضا ودفعا للغير . كما يمنع غير الجانى من ارتكاب الجريمة(٥٩) فالمنفعة هنا مزدوجة وأهل العلم يرون أن هذا المعنى المزدوج المنفعة يستفاد من كلمة تعزير سواء فى ذلك معناها اللغوى أو الفقهى(٦٠) . وهذا الازدواج فى المنفعة يقابله إزدواج فى المعاصى « السلوك المجرّم الذى يستوجب تعزيرا » حيث منه مايعتبر ارتكاب لمحرم ومنه مايكون تركا لواجب وهدف الزجر ثابت فى الحالين حيث يمنع ارتكاب المحرم فى الأول ويحث على أداء الواجب فى الثانى .

وهذا الهدف ثابت ومستمر ومنتج لأثره فى أى جريمة تستوجب تعزيرا حتى ولو كان عقابها ضمن إطار الحدود أو القصاص فى حالة تخلف ركن من أركانها كالسرقة دون النصاب أو القذف دون السب أو الزنا دون الفرج . حيث تكون عقوبة التعزير هنا أصلية وتتوارى عقوبة الحد لتخلف ركن أو قيام شبهة والأمر كذلك فى الجرائم التى لاحد فيها ولا قصاص(٦١) .

---

(٥٨) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١٠ .

(٥٩) انظر مواضع الاتفاق والاختلاف بين الحد والتعزير الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٣٦ وكذلك صفة الضرب فى التعزير لأبى يعلى ص ٢٨٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٦٠) انظر الكشاف فى تفسير قوله تعالى : « وآمنتم برسلى وعزرتموه » وقد استثنى ابن فرحون واجب الحج من ذلك وانظر زاد المحتاج ص ٢٦٥ ج ٤ .

(٦١) راجع تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٠ .

وابن تيمية يقول فى ذلك « وأما المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة كالذى يقبل الصبى والمرأة الأجنبية أو يباشر بلا جماع أو يأكل مالا يحل كالدم والميتة أو يقذف الناس بغير الزنا أو يسرق من غير حرز ولو شيئا يسيرا أو يخون أمانته كولاة أموال بيت المال أو الوقوف ومال القيم ونحو ذلك إذا خانوا فيها والشركاء إذا خانوا أو يغش فى معاملته كالذين يغشون فى الأطعمة والثياب ونحو ذلك أو يطفف الكيل والميزان أو يشهد بالزور أو يلقن شهادة الزور أو يرتش فى حكمه أو يحكم بغير ما أنزل الله أو يعتدى على رعيته ... فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتنكيلاً وتأديبا بقدر مايراه الوالى على حسب كثرة ذلك الذنب فى الناس وقلته فإذا كان كثيرا زاد فى العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلاً وعلى حسب حال المذنب وعلى حسب كبر الذنب وصغره »(٦٢) .

وتحقيقا لهدف العقوبة فى التعزير لم يخصها الفقه الإسلامى بوسيلة ولا بعدد ولا زمن . فقد جاءت به مطلقة وأساس ذلك أن الغاية من التعزير الزجر ومن ثم فإن العقوبة يجب أن تكون عند تحقيق هذا الغرض فلا يجوز أن تقف دون الحد الذى يتحقق معه الزجر والمنع ومن ثم جاز أن يعزر الجانى مرة بعد أخرى حتى يفعل مايجب عليه فعله أو ينتهى عما يفعله فتكرار العقوبة هنا غايته بلوغ الغرض من التعزير . كما يجب ألا تكون العقوبة أكثر مما يلزم لتحقيق هذا الهدف لأن فى ذلك جنوح إلى غير العدل ويخرج عن تحقيق الهدف من العقوبة .

وطبقا لما سبق فإن هناك بعض الجرائم يجب حبس الجانى فيها حتى تتأكد توبته مثل الخطرين على الأمن وعتاة المجرمين والذين لهم سجل حافل فى أذى المجتمع وتكون الفائدة ـ هنا ـ مزدوجة أيضا إذا بالحبس يكفى الناس شرهم كما أن فيه عبرة لغيرهم وليس هناك مايمنع اطلاقاً من أن تقترن عقوبة الحبس بعقوبة الضرب إذا كان ذلك يحقق الهدف منها ولا يجوز الدفع فى هذه الحالة بأن العقوبة يجب أن تكون محددة المدة حبساً لأن ذلك يتعارض مع هدف العقوبة حيث القصد من التعزير هو الزجر والعقوبة يجب أن تكون عند تحقيق هذا الغرض فالذى ينزجر بالنصيحة غير الذى ينزجر باللطمة(٦٣) .

بل إن الزجر والمنع ـ كهدف للعقوبة ـ إذا لم يتحققا إلا باعدام الجانى ـ جاز ذلك

---

(٦٢) السياسة الشرعية بتصرف ص ١١٩ وانظر تبصرة الحكام ص ٢٠١ وما بعدها حيث سرد الامام ابن فرحون صوراً كثيرة تجب فيها التعازير .

(٦٣) هذا أمر محل اتفاق جميع الفقهاء وانظر على سبيل المثال زاد المحتاج بشرح المنهاج ص ٢٦٥ وكتاب الصيال وضمان الولاة فى ذات المصدر ج ٤ ـ للشيخ عبد الله بن حسن الحسن الكوهجى ط الشئون الدينية بدولة قطر أولى بدون تاريخ مراجعة الشيخ عبد الله الأنصارى .

فقها ويتحقق ذلك فى حالة العود للجرائم التى يشرع الإعدام فى جنسها كما يتحقق بالنسبة لبعض المجرمين ممن اعتادوا الإجرام دون أن تروعهم عقوبة أخرى. وقد ضرب الفقهاء أمثلة كثيرة فى هذا الشأن كالجاسوسية واللواطة[٦٤] .

والفائدة هنا مزدوجة أيضا لتحقيق الهدف من العقوبة ـ حيث المصلحة للناس تقتضى بتر هذا العضو الفاسد لأن فى ذلك دفع شره عنهم وقتل لمفاسده وصلاح الرعية كما أن فيه زجر أيضا لمن تسول له نفسه فى أن يفعل مثل مافعل الجانى ـ والأمر فى النهاية موكول إلى اجتهاد الحاكم ذلك الاجتهاد الذى يكون مبناه وأساسه مصلحة الرعية لاغير فإن بنى على غير ذلك لم يجز النظر إليه أو الأخذ به .

يقول ابن فرحون مشيراً إلى اطلاق وسائل التعزير واجتهاد الحاكم « والتعزير لايختص بالسوط واليد والحبس وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشى فى أخبار الخلفاء المتقدمين أنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته ويقول « القرافى المالكى » المذهب أيضا إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فرّب تعزير فى بلد يكون إكراما فى بلد آخر[٦٥] . والصحيح فيما نعلم . أن التعزير لايختص بفعل معين ولا قول معين كما أنه يجب أن يكون قاصراً على مايظن فيه إنزجار الجانى كما أنه يجب قتل من لايزول فساده إلا بالقتل تعزيرا .

ثانيا : التهذيب والإصلاح

مفتاح التهذيب والإصلاح كهدف من أهداف العقوبة فى الشريعة الإسلامية أو التقعيد العلمى الصحيح لهذا الهدف هو الجانب العقائدى الخلقى بالدرجة الأولى فالجرائم بكافة أشكالها ودرجاتها داخلة فى عداد المعاصى والمعاصى قد نهى الله تعالى عنها ـ والعقيدة تؤكد للجانى ـ أن الله يعلم خائنة الأعين وماتخفى الصدور ومن ثم فإن لكل معصية عقوبة أمام سلطان الدنيا أما سلطان الآخرة فالعقاب مؤكد وانبثاق التشريع الجنائى

---

(٦٤) انظر على سبيل المثال كشاف القناع ج ٤ ص ٧٥ والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٠ مسألة ٢٢٩٩ والأحكام السلطانية للماوردى وتبيين الحقائق ج ٣ ص ٢١١ .

(٦٥) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٢ وفى تهذيب الفروق أن الإمام مالك رضى الله عنه يجيز فى عقوبات التعزير أن تكون فوق الحد وقد أمر بضرب رجل وجد مع صبى قد جرده وضمه إلى صدره فضرب أربعمائة فانتفخ ومات ولم يستعظم ذلك وقد استند فى ذلك إلى ما فعله سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه مع معن بن زائدة عندما زور كتابا على عمر ونقش خاتما مثل نقش خاتمه انظر هامش الفروق ج ٤ ص ٢٠٤ ط عالم الكتب بيروت كما أن الماوردى الشافعى المذهب أجاز فى التعزير الصلب حيا استنادًا إلى أن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد صلب رجلا على جبل يقال له أبو ناب انظر الأحكام السلطانية ص ٢٣٩ .

الإسلامى من فكرة الحلال والحرام والإيمان بالدار الأخرة وتربية الضمير الإنسانى ليكون رقيبا عليه فى السر والعلن حتى إنه يخشى عقاب الله الأخروى أكثر من خشيته للعقاب الدنيوى أمر ينتج أثره فى حياة الناس فالأمثلة على هذا الاتجاه أكثر من أن تحصى أو تعد قال تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما »[٦٦] . وفى اشاعة الفاحشة ورمى المحصنات يقول جل شأنه « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة »[٦٧] وبذلك أقام الإسلام داخل النفس البشرية رقابة على تعاليمه بحيث يراها المسلم ـ هذا على افتراض أن فطرته سوية ملتزمة بشرع الله سبحانه ـ وعند خلو الجانب العقائدى للمسلم من هذا الاصلاح والهداية ـ فإن الجانب الآخر للقانون الإسلامى كفيل برد هذه الضالة المنشودة وإصلاح مافسد من النفوس عبر العقوبة التى تهدف إلى التأديب والاصلاح حيث انعقد إجماع أهل العلم على أن التعزير عقوبة هدفها التأديب والاصلاح[٦٨]

وابن فرحون يقول ما نصه عند حديثه عن مفهوم التعزير « والتعزير تأديب وإصلاح وزجر على ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات »[٦٩] .

وشأن القانون الجنائى الإسلامى . فى هذه المسألة شأن الشجرة السامقة وسط الغابة العذراء . حيث نوع التربة وطبيعة المناخ تأثيرهما مباشر على الشجرة من حيث الحجم والشكل وكذلك تأثير الشجرة من حيث الظل والثمر والمجتمع هو تلك الأرض الطيبة التى تنبت فيها شجرة القانون الإسلامى فالعلاقة وثيقة بين الشجرة والتربة فكلما صلحت التربة أينعت الشجرة وأوى الناس إليها يتفيئون ظلالها وثمارها والعكس صحيح تماما ـ فالتعزير أحسبه من روح ماكتب سادتنا أهل العلم تطهير فذلك سبيل إلى اصلاح الجانى بتقويم نفسه وغسلها من أدران الجريمة والشجرة فى تشبيهنا السابق تأبى أن تظلل أو تعطى ثمراً لمن لم يطهر نفسه ويدخل فى عداد الأنفس النافعة للجماعة[٧٠] وهى فى ذاتها أيضًا قوة رادعة لإقامة نظام الحياة الاجتماعية السليمة التى أرادها الله سبحانه وتعالى Marc Ancel

---

(٦٦) النساء : آية ٩٣ .

(٦٧) النور : آية ١٩ .

(٦٨) انظر البدائع للكاسانى ج ٧ ص ٦٤ وتبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ٢٠٨ وزاد المحتاج بشرح المنهاج ج ٤ ص ٢٦٥ وما بعدها والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٦٩) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٠ .

(٧٠) انظر حاشية الروض المربع ج ٧ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١ والمهذب ج ٢ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩ والمغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ مع الشرح الكبير.

لعباده ولاتقوم الحياة السليمة إلا بدفع الفساد وإزالة المنكرات ردعا وزجرا وإلا تهذيبا وإصلاحا وتطهيراً ولعل عقوبة الحبس غير المحدد المدة والذى حده توبة الجانى صورة مشرقة لتهذيبه وإصلاحه وعسى أن يكون سر الإصلاح والتهذيب فى الحبس مأخوذ من المعنى اللغوى للسجن فالثابت أن عليا بن أبى طالب رضى الله عنه وكرم وجهه أول من قام ببناء السجن وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدد وسماه مخيساً(٧١)

ثالثا : حماية الجانى وتطبيق العدالة

الهدف الثالث الذى تسعى إليه الشريعة الإسلامية فى تطبيقها للعقوبة التعزيرية على الجانى هو حمايته وفى ذات الوقت تحقيق العدالة التى قام الكون كله على أساسها فهو هدف ذا شقين متوازيين ــ أما كيف ذلك ؟...

فالجواب ــ أنه لايوجد ثمة شك فى أن الجريمة ــ أى جريمة كانت سلوك غير مرغوب فيه كما أنه يكسر قواعد العدالة ويثير سخط الناس جميعا على الجانى كما يثير عطفهم على المجنى عليه ــ فمباشرة الشريعة للأخذ بأسباب العقوبة أمر بطبيعته إلى جانب كونه يمثل نوعا من القصاص للمجنى عليه وأخذ حقه من الجانى ومن ثم تهدأ مشاعر السخط الذى تحدثه الجريمة فى المجتمع فهو أيضا محقق للعدالة بلا ريب ــ فالفلسفة الخفية التى يركن إليها نفاذ وتطبيق العقوبة على الجانى إنما هى حمايته فى الواقع .

ومما يؤيد هذا النظر أن جميع الفقهاء مجمعون على أن التعزير وإن كان غايته التأديب إلا أنه لايجوز فيه الإتلاف وفى ذلك يقول صاحب تبصرة الحكام « والتعزير إنما يجوز منه ما أمنت عاقبته غالبا وإلا لم يجز وينبغى أن يقتصر على القدر الذى يظن انزجار الجانى ولايزيد عليه »(٧٢) كما أنهم جميعا أيضا متفقون على أن هناك مواضع لايجوز الضرب عليها تعزيرا لأن الضرب عليها قد يفضى إلى الإتلاف مثل الوجه والفرج والبطن والرأس والصدر وهذا يؤكد ماقلناه سابقا من أن العقوبة هدفها حماية الجانى حتى من نفسه الأمارة بالسوء إلى جانب زجره وإصلاحه وتهذيبه وفى نفس الوقت تطبيق أمين لمبادئ العدالة وفى ذلك اتفاق مع الطبيعة البشرية وحرص على استقرار العلاقات الاجتماعية بين الناس ــ يقول الإمام ابن تيمية « لايجب على ولى الأمر أو الحاكم أن يطيع الناس فيما يرونه فليس حسن

---

(٧١) فى القاموس المخيس بالكسر أى المذلل من التخييس وهو التذليل فكأن اشتقاقه الاصلاح والتهذيب من كلمتى النافع والمخس ــ انظر ما كتبه الفقيه الكمال بن الهمام فى فصل الحبس ص ٢٧٧ وما بعدها شرح فتح القدير ج ٧ ط أولى الحلبى سنة ١٣٨٩ هـ .

(٧٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٥ وانظر شرح الزيلعى على الكنز ج ٣ ص ٢١٠ ــ ٢١١ . .

النية بالرعية والإحسان إليهم أن يفعل مايهوونه ويترك مايكرهونه فقد قال تعالى : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن »[٧٣] . وقال تعالى للصحابة « واعلموا أن فيكم رسول الله لو يطيعكم فى كثير من الأمر لعنتم »[٧٤] .

وإنما الإحسان إليهم هو فعل ماينفعهم فى الدين والدنيا ولوكرهه من كرهه لكن ينبغى أن يرفق بهم فيما يكرهونه وهذا تطبيق عملى لعدم اغفال الطبيعة البشرية وأنماط العلاقات الاجتماعية المتغيره[٧٥] .

وهكذا نظرة الفقه الإسلامى إلى الحاكم ربان ماهر يقود سفينة المجتمع من صلاح إلى أصلح مطبقا لشرع الله مترفقا بالجناة مع عدم الهوادة فى تفريط حق من الحقوق كما أن له سياسة ـ فيما نظن ـ أن يسقط عقوبة التعزير وأساس ذلك كما ذكره صاحب المهذب أن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما روى أن رجلا خاصم الزبير عند سيدنا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى شراج الحرة[٧٦] الذى يسقون به النخل فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ للزبير إسق أرضك ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصارى فقال يارسول الله وإن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال يازبير إسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر فقال الزبير فوالله إنى لأحسب هذه الآية نزلت فى ذلك « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم »[٧٧] ولو لم يجز ترك التعزير لعذره سيدنا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ على ماقال[٧٨] ويجب أن لا نغفل شيئا هاما وهو أن كل فكرة فلسفية بنيت عليها العقوبة على مختلف ألوانها وأشكالها وإن اتحد بعضها فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى إلا أن الأخير له فضلين ـ الأول فضل التأصيل العلمى الذى سلم من النقد والثانى فضل السبق الزمنى الطويل .

---

(٧٣) المؤمنون : آية ٧١ .

(٧٤) الحجرات : آية ٧ .

(٧٥) السياسة الشرعية ص ١١٦ وانظر أيضًا ما كتبه المستشرق

Dafied santelon - Low and society p. 435

The Islamic Law does not forget about The Human nature and The kinds of the so-sociality Relationship which changing and development.

(٧٦) مسايل الماء من بين الحجارة إلى السهل .

(٧٧) النساء : آية ٦٥ .

(٧٨) المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ .

المطلب الثانى
« العقوبة وفكرة العقد الاجتماعى »

أولاً : فى الفكر الوضعى :

ربط العقوبة بفكرة العقد الاجتماعى من أفكار المدرسة التقليدية الأولى ويعتبر جان جاك رسو Jean-Roussean زعيم هذه المدرسة ومؤسسها وترى هذه المدرسة بأن المجتمع من سلطته إنزال العقوبة على الجانى بموجب حصيلة حقوق الأفراد فى الدفاع عن أنفسهم وأموالهم التى نزلوا عنها بمقتضى العقد الاجتماعى وهذا يعنى أن العقوبة جزاء أو مقابل للجريمة "Retrifution" توقع على كل من يأتى فعلا مجرّما فهى ذاتها وإن لم تحقق نفعا لمن توقع عليه إلا أنها تدافع عن المجتمع حيث أبرزت الردع العام للكافة حتى لايرتكب من تسول له نفسه من أفراد المجتمع أى حماقة خارجة عن إطار القانون والعقوبة هنا وإن لم تحقق نفعاً للمجتمع الآن حيث أصابت أحد أفراده بأذى فى نفسه أو دون ذلك إلا أن نفعها ثمرة يجنيها المجتمع فى المستقبل العاجل نتيجة الاستنكار الذى عبر عنه بانزال العقوبة بالخارج عليه حتى يرتدع غيره[٧٩] فالعقوبة هنا إنذار بالضرر للغير الذى يفكر فى طوية نفسه باقتراف فعل مجرّم كما أنه لايجوز التغاضى عنها حرصاً على سلامة الجماعة وأمنها وحياتها .

هذه الأفكار تقريبا هى خلاصة مايمكن قوله فى نظر الفقه الغربى من خلال هذه المدرسة .

ثانيا : فى الفقه الإسلامى :

(أ) العقوبة من منظور الفقه الجنائى الإسلامى شرعت لحاجة الناس ولمصلحتهم فإذا كانت مصلحة الجماعة فى حاجة إلى تشديد العقوبات شددت وإذا كانت المصلحة فى

---

(٧٩) يراجع علم الاجرام د / نجيب حسنى ص ٢٨٨ وأصول النظام الجنائى د . محمد العوا ص ٦٤ ولنظرية التجريم فى القانون الجنائى معيار سلطة العقاب د . رمسيس بهنام ص ٥٧ وما بعدها ويلاحظ أن الأساس النظرى لفكرة العقوبة أو التجريم للأفعال فى إطار العقد الاجتماعى تختلف باختلاف الاتجاهات النظرية لأنصار هذا الرأى فروسو مثلاً وبنتام مع أنهما من أنصار المذهب الفردى إلا أن الأخير يقرر أن ما يحكم تصرفات الأفراد هو مبدأ المنفعة أو اللذة الذى يعتبر مصدرًا للقاعدة القانونية لأنهم يتنازلون عن جزء من للمتهم فى سبيل حماية الجزء الآخر بينما روسو وغيره من أصحاب هذا الاتجاه يختلف وصفهم للمسألة عن بنتام .

التخفيف خففت فلا يجوز أن تقل العقوبة أو تزيد عن حاجة الجماعة[٨٠]

بل إن الماوردى الشافعى يرى من باب جماعية العقوبة على اعتبار أن المضرور الأول من الجريمة هو المجتمع ككل . أن من حق السلطان أن يعجل حبس المتهوم للكشف والاستبراء بل أجاز له مع قوة التهمة الضرب ليأخذه بالصدق على حاله فيما أتهم به وأكثر من ذلك يرى أن من تكررت منه الجرائم ولم ينزجر عنها بالحدود فإن من حق السلطات أن تستديم حبسه لمنع ضرره عن الناس حتى يموت[٨١] .

(ب) إذا كان الفكر الغربى يرى أن غرض العقوبة فى هذه المدرسة هو الردع العام وبالتالى تكون وظيفتها الدفاع عن المجتمع فإن الفقه الجنائى الإسلامى يرى نفس الرؤية حيث كتب الفقهاء ما مضمونه أنه يجب أن تكون العقوبة بحيث تمنع الناس من ارتكاب الجريمة فإذا ارتكبت تكون صالحة لتأديب الجانى على جنايته وتزجر غيره عن أن يسلك مسلكه وقد جمعوا هذه الفكرة فى (إنها أى العقوبة موانع قبل الفعل زواجر بعده بمعنى أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه)[٨٢] .

(جـ) وإذا كانت المدرسة التقليدية ترى أن فكرة اعتبار العقوبة بمثابة جزاء أو مقابل للجريمة وأنه لايجوز التسامح فيها حتى لاتتفشى الظاهرة الإجرامية فى المجتمع فإن ذات الفكرة عالجها الفقه الإسلامى فى عقوبة الحد حيث القاعدة لهذه العقوبة مضمونها أنه كلما كانت العقوبة للمصلحة العامة ودفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم فلا يجوز لأحد أن يسقطها مادامت قد وصلت إلى الإمام وقد سبق مايشير إلى ذلك عند الحديث عن المرأة المخزومية التى سرقت[٨٣] .

ولعل إباحة الفكر الإسلامى بجواز الحيلولة دون قيام مثل هذه العقوبة قبل وصولها إلى الإمام يكون من باب صيانة علاقات المجتمع وربط الناس برباط التسامح والعفو عندما يتراضى طرفا الجناية بما يرونه متفقاً مع نفوسهم وأخذاً من قوله تعالى : « فمن عفى وأصلح فأجره على الله » .

والقرآن الكريم عبر عن العقوبة فى جرائم الحدود بلفظ الجزاء المقابل للجريمة قال تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يُقتَّلوا أو

---

(٨٠) انظر شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦١ وما بعدها .

(٨١) الأحكام السلطانية ص ٢٢٠ .

(٨٢) انظر تبيين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ١٦٣ وشرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ ص ١١٢ .

(٨٣) يراجع تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٦٣ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ وما بعدها وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣ وما بعدها ط . دار الكتاب العربى ببيروت .

يُصلَّبوا أو تُقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف »[٨٤] ويقول أيضا : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم »[٨٥] .

والقرآن الكريم أيضا استعمل لفظ الجزاء فى مجال المثوبة كما استعمله فى مجال العقوبة انظر إلى قوله تعالى : « لهم ما يشاءون عند ربهم وذلك جزاء المحسنين »[٨٦] وقد استخلص من ذلك اتحاد وظيفة الثواب والعقاب فى حمل الناس على الامتثال والطاعة للقواعد المقررة فى المجتمع وهى فكرة يدافع عنها ويتحمس لها عدد من أقطاب الفلسفة الحديثة[٨٧] كما أننا نلمس بوضوح فى باب قطع الطريق مايؤخذ منه تعدد العقوبات مقابل تعدد الجرائم على اعتبار أن قطع الطريق وإخافة الناس فقط دون سرقة أو قتل جريمة فإن جمع إلى قطع الطريق أخذ مال كانت جريمة أخرى لها عقوبة أيضا وهكذا وفى ذلك ينص الفقهاء على مايلى : « أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وإن أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وإن قتل قُتل حدا وإن عفا الولى وإن قتل وأخذ قطع وقتل وصلب »[٨٨] .

وعبارة الشيخ الشربينى الخطيب من أعلام الشافعية نصها « ومن لزمه لجماعة قصاص فى نفس وقطع لطرف آدمى وحد قذف لآخر وطالبوه بذلك جلد أولا للقذف ثم قطع لقصاص الطرف ثم قتل لقصاص النفس لأن ذلك أقرب إلى استيفاء الجميع فإذا اجتمع مع ذلك تعزير لآدمى بدئ به »[٨٩] وهكذا تتعدد العقوبات بتعدد الجرائم على اعتبار أن كل عقوبة تقابل فعلا ارتكبه الجانى .

---

(٨٤) المائدة : آية ٣٣ ، ٣٤ .

(٨٥) المائدة : ٣٨ ويراجع ما ذكره القرطبى تعليقًا على الآيات ج ٦ ص ١٤٨ وما بعدها .

(٨٦) الزمر: آية ٣٤ .

(٨٧) أصول النظام الجنائى الإسلامى د/ محمد سليم العوا ص ٦٥ .

(٨٨) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٣٥ ويراجع القرطبى ج ٦ ص ١٥١ ـ ١٥٢ .

(٨٩) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٨٤ ط الحلبى مصر سنة ١٩٥٨ م .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المطلب الثالث
« العقوبة وفكرة المنهج التجريبى »

قاد هذا الرأى المدرسة الوضعية التى تنهج فى علاج الظاهرة الإجرامية ما أحرزه علم طبائع الإنسان وعلم الاجتماع من تقدم نتيجة البحوث التى تعالج المشاكل الجنائية. وأساس فكر هذه المدرسة مبدأ حتمية التسلسل السببى. (Determinisme) وهو مبدأ يرتكز عليه البحث فى العلوم الجنائية الحديثة ومضمونه أن الظواهر الطبيعية والاجتماعية ترتبط فيما بينها بمعنى أنه إذا حدثت الظاهرة التى تعد سببا ترتب على ذلك بالضرورة وعلى وجه اللزوم والحتم حدوث الظاهرة التى تعد أثرا.[٩٠]

ومن أهم رجال هذه المدرسة (Lombroso) وهذا يعنى حتمية الظاهرة الاجرامية لأنها نتجت ضرورة لعوامل إجرامية لايملك الجانى إزاءها حرية فالمجرم منقاد إلى الجريمة وليست له الحرية فى ارتكابها أو عدم ارتكابها وبالتالى تكون مسئولية المجرم اجتماعية باعتباره مصدر خطورة إجرامية على المجتمع وينبنى على ذلك مايلى :

(أ) أن يتجرد التدبير الذى يتخذ قبل المجرم من معانى اللوم والجزاء ليغدو مجرد وسيلة دفاع اجتماعى إزاء هذه الخطورة.

(ب) ليس لموانع المسئولية محل هنا فكل مجرم ـ أيا كان مصدر خطورته لابد من تدبير يتخذ فى مواجهته لأن الأصل فى علم الإجرام Lacriminologie أن يبحث فى العوامل الداخلية والخارجية الدافعة إلى الجريمة بما فى ذلك أحوال المجرم العقلية والنفسية وصفاته الطبيعية وعاداته وميوله ودوافعه الخاصة والعوامل الخارجية التى تحيط بالمجرم[٩١].

(جـ) الغاية من التدابير الجنائية فى هذه المدرسة استئصال العوامل الإجرامية لدى الجانى علاجا أو تهذيبا أو استئصال الجانى نفسه عند الفشل فى ذلك.

(د) فإذا ما أضيف إلى ماسبق مايتعلق بالسياسة الجنائية التى تنادى بها حركة الدفاع الاجتماعى الحديث والتى يتزعمها مارك آنسل Marc Ancel ومضمونها حماية المجتمع عن طريق مواجهة الظروف التى من شأنها أن تغرى بالاقدام على الجريمة والقضاء على تأثيرها الضار وحماية الفرد الذى أجرم بتأهيله وإصلاحه حتى لايعاود الجريمة مرة أخرى ـ

---

(٩٠) علم الاجرام أ.د محمود نجيب حسنى ص ٢٣٠.

(٩١) المصدر السابق ص ٢٣١ وشرح قانون العقوبات د / محمود مصطفى ط ثالثة سنة ١٩٥٥ المقدمة ص ٦.

نكون قد وصلنا إلى أهم الأفكار فى شأن تجريم الأفعال والسياسة الجنائية المرسومة لعلاجها فى الفكر الوضعى [92]

المطلب الرابع
« نظرة تحليلية »

والآن لنرى ـ هل لهذه الأفكار ـ التى قطع الفكر الوضعى زمنا طويلاً فى البحث عنها ـ نظير ـ أو على وجه الدقة أصول ركن إليها الفقه الجنائى الإسلامى فى هذا الشأن وهل هناك ما يمكن قوله من تطابق فى وجهات النظر بين هذه الأفكار والفكر الإسلامى أم ماذا ؟؟..

أولاً : القول بحتمية الظاهرة الإجرامية لأنها نتجت ضرورة لعوامل إجرامية لايملك الجانى إزاءها حرية حيث إنقاد المجرم إلى جنايته دون حرية له فى إرتكابها أو عدم إرتكابها

---

(٩٢) علم الإجرام د . رمسيس بهنام الاسكندرية سنة ١٩٧٠ ص ٢٥ وما بعدها كما يراجع السياسة الجنائية د . أحمد فتحى سرور دار النهضة العربية ط سنة ١٩٧١ ص ١١ وما بعدها وفلسفة التاريخ العقابى د / ثروت الأسيوطى مجلة مصر المعاصرة عدد ٣٥٥ السنة الستون يناير سنة ١٩٦٩ ص ٢٥١ ومابعدها ويرى ا . د نجيب حسنى أنه ليس من الصواب حصر أغراض العقوبة فى غرض واحد فقط على أساس أن النظام الاجتماعى فى المجتمع تتنوع جوانب العقوبة فيه وهذا حصر بلا مبرر لاسيما وأن الوسائل التى يجب مراعاتها لتحقيق الغرض الحقيقى للعقوبة هو الردع العام وتحقيق العدالة الاجتماعية والردع الخاص وأن كل غرض من هذه الأغراض يرتبط على نحو وثيق بالغرضين الآخرين وتتأصل هذه الأغراض بردها إلى قسمين معنوى هو تحقيق العدالة ونفعى هو الردع بنوعيه وأنه من الصواب الجمع بين هذه الأغراض مع التنسيق بينهما لأن كل غرض منهم له من الأهمية ما يجعل إهماله أو التضحية به أمر غير مقبول كما أنه لا تناقض فى اجتماعها إلا أن الصعوبة تكمن فى تحقيق التنسيق الضرورى بينهما نظرًا لأن التنسيق بين هذه الأغراض يقتضى أمرين تحديد مجال كل غرض ثم القول بما إذا كانت تتساوى أهميته أم يرجح أحدها على سواه ـ أما الأمر الأول فالفصل فيه أن المجال الأساسى للردع العام هو وجود نص التجريم والعقاب والتزام السلطات العامة بتطبيقه عند تحقق الوضع المبين منه ومجال العدالة هو فى نطق القاضى بالعقوبة وتنفيذ حكمه أما مجال الردع الخاص فهو فى كيفية تنفيذ سلب الحرية فانفصال المجالات على هذا النحو ينفى التناقض بين الأغراض المتعددة ... بشأن التساوى بين هذه الأغراض فى الأهمية وترجيح واحد على ما سواه فإن الفصل فى هذا يكون بترجيح الردع الخاص على ما عداه حيث يرجح على العدالة بما له من دور نفعى ملموس لأنه يحقق مصلحة جوهرية للمجتمع فى حين تحقيق العدالة يقتصر على كونه توفيرا لقيمة معنوية ويرجح على الردع العام لأنه يواجه خطورة فعلية حاله لأنها حصلت من شخص إرتكب الجريمة بالفعل أما الردع العام فيواجه خطورة كامنة إحتمالية لأن مصدرها جميع الناس الذين يخشى تأثرهم بالجانى فيفعلون مثله يراجع علم الاجرام والعقاب دار النهضة سنة ١٩٨٢ ص ٢٣٠ وما بعدها ـ والواقع أن الردع الخاص أصبح الآن هو الراجح على باقى أغراض العقوبة والتشريعات الحديثة أقرت ذلك صراحة بل إن بعضها اعتبره مبدءا دستوريا مثل الدستور الايطالى سنة ١٩٤٧ وقانون العقوبات السويسرى والاجراءات الفرنسى وأكثر من هذا فإن المنظمات الدولية حرصت على الاعتراف به .

وبالتالى تكون مسئوليته اجتماعية ومن ثم يكون الغرض من العقوبة ـ كما سبق بيانه ـ هذا القول ـ قال الجبريه[٩٣] بمثله لكنه أبطل لتعارضه الواضح مع قواعد الشريعة الإسلامية لأن الأخذ به ينبنى عليه أن السلوك الاجرامى شأنه شأن السلوك السوى مفروض على الإنسان ومن ثم فلا مجال للقول بوجود مايسمى بإجرام الصدفة أو بالإجرام المكتسب لأن كافة صور السلوك الإجرامى مصدرها بموجب هذا الاتجاه عوامل تكوينية خالصة .

ولذلك نقرأ فى الملل والنحل على لسان الجبرية عندما استعرض صاحبها آراء جهم بن صفوان وهو على رأس هذا الاتجاه مانصه « إن الإنسان ليس يقدر على شيء ولا يوصف بالاستطاعة وإنما هو مجبر فى **أفعاله** لاقدرة له ولا إرادة ولا اختيار وإنما يخلق الله تعالى فيه على حسب مايخلق فى سائر الجمادات وينسب إليه الأفعال مجازا كما ينسب إلى الجمادات كما يقال أثمرت الشجرة وجرى الماء وتحرك الحجر وطلعت الشمس وأزهرت الأرض وأنبتت إلى غير ذلك **والثواب والعقاب جبر كما أن الأفعال** جبر إلى قوله وإذا ثبت الجبر فالتكليف أيضا كان جبرا »[٩٤] .

وهكذا نرى أن نتائج مثل هذا القول سواء أكان من فكر غربى غير إسلامى أم من مفكرين ينسبون إلى الإسلام ـ تؤدى إلى إبطاله وإلغائه لتعارضه التام ـ وكما سبق القول مع قواعد الشريعة الإسلامية ومناط هذا التعارض إبطاله للتكاليف الشرعية لأنه لايجوز تكليف إنسان ما بعمل ليس له فيه دخل كما أن ذلك يبطل نظرية الثواب والعقاب فى الشريعة الإسلامية لأنه لايجوز أن يثاب إنسان أو يعاقب على ما هو مجبور عليه [٩٥] والأهم من هذا كله ما سند المجتمع إذن فى عقاب مثل هؤلاء الجناة وكيف يعاقبهم بينما هم لم يفعلوا إلا ما أجبروا على فعله وما جدوى العقاب طالما أن هذا العقاب لن يغير من الأمر شيئا قد يكون مع هذا الفكر بعض الحق فى مسألة إستئصال العوامل الإجرامية لدى الجانى علاجا أو تهذيبا لكن ما الحق إذن فى إستئصال الجانى نفسه إن كان استئصال العوامل الإجرامية غير ممكن ـ لأن الجانى من منظور الفقه الجنائى الإسلامى أحد رجلين إما مكلف كامل

---

(٩٣) الجبرية فريق من بعض مفكرى الإسلام عدهم الشهرستانى ضمن أهل الأصول المختلفين فى التوحيد والوعد والوعيد ج ١ ص ١٠٨ .

(٩٤) الملل والنحل للشهرستانى ج ١ ص ١١٠ .

(٩٥) يراجع كتب أصول الفقه منها على سبيل المثال الموافقات للشاطبى ح ٢ ص ١٠٧ خاصة ما يتعلق بشرط التكليف ولا تكليف بالأوصاف الجبلية وعلاقة ذلك بالثواب والعقاب وهل يمتنع التكليف بالشاق كما لا يكلف بما لا يطاق وأوجه المشقة إلخ ... كما يراجع الفروق للقرافى ج ٢ ص ٧٢ و ج ١ ص ١٧٥ ، ٢٢ ط عالم الكتب بيروت بدون تاريخ .

الأهلية وهذا عليه تحمل تبعة جنايته أو غير ذلك فترفع عنه العقوبة (٩٦) .؟! وطالما أن الإجرام فطرى فى ظل إرادة منعدمة وهو واقع لامحالة فما الحكمة من العقوبة إذن مهماكانت قسوتها لأنها لن تغير من الأمر شيئا ـ وهكذا تختفى ملامح وظيفة الردع العام للعقوبة ـ بل يمكن القول إن الجبرية كانت أكثر إتساقا مع فكرها من المدرسة الوضعية وآية ذلك أنها أنكرت وظيفة الردع بنوعيه العام والخاص فى حين أبقت المدرسة الوضعية على وظيفة الأخير ـ الردع الخاص ـ وكيف يتسنى ذلك مع انعدام حرية الإرادة إن ذلك الفكر ينطبق عليه قول القائل .

ألقاه فى اليم مكتوفا وقال له إياك إياك أن تبتل بالماء

ومع أن الجبرية أصناف عدة (٩٧) إلا أن فكرهم لايعنى الخمول والسكون إزاء الجريمة فهم يقولون بحتمية الجريمة وأيضا حتمية العقوبة التى لا يقيمونها على مسئولية الجانى الأدبية مثل المدرسة الوضعية وإنما يقيمونها على أساس اجتماعى وقانونى ـ فهم أى الجبرية ينظرون إلى الجانى باعتباره خارجا على القانون لاعن طواعية وإختيار وإنما نتيجة لعوامل فطرية لا طاقة له بدفعها وهذا فى ذاته مصدر خطورة وهو الأساس العقابى عندهم وقد بنى هذا الأساس على دعوة مضمونها أنه لما كان الله تعالى فعّالا وكان لايشبهه شىء من خلقه وجب أن لايكون احد فعالا غيره وإضافة الفعل إلى الإنسان إنما هوكما تقول مات فلان وإنما أماته الله تعالى (٩٨) .

وليس ثمة شك فى أن هذه دعوى لاتتفق والفكر الإسلامى الصحيح وتصطدم بالنصوص الشرعية فقد قال الله تعالى فى غير موضع من القرآن الكريم مايبطل هذا الكلام (٩٩) وأدان بقسوة الأعمال الناشئة عن الهوى أو التقليد الأعمى يقول الله تعالى : « ولكنه أخلد إلى الأرض واتبع هواه » (١٠٠) وهكذا فالإنسان صانع مستقبله ومحاسب على

---

(٩٦) يراجع كتاب الجنايات فى الكنز ج ٦ ص ٩٧ دار المعرفة بيروت والتشريع الجنائى الإسلامى ج ٢ ص ٥٦٢ ونظرية الضرورة لأستاذنا د . يوسف قاسم ص ٢١٧ وما بعدها .

(٩٧) الملل والنحل للشهرستانى هامش الفصل فى الملل والنحل لابن حزم ج ١ ص ١٠٨ ط دار الفكر بيروت . بدون تاريخ .

(٩٨) الفصل فى الملل والنحل لابن حزم ج ٣ ص ٢٣ وانظر الظاهرة الإجرامية ا ـ المجدوب .

(٩٩) يراجع المصدر السابق ج ٣ ص ٢٣ وفيه تفصيل شامل للرد على هذه الأفكار وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩٥ ط مكتبة الكليات الأزهرية والفتاوى الكبرى لابن تيميه ج ٥ ص ١٣ وما بعدها دار المعرفة بيروت تحقيق وتعليق الإمام حسنين مخلوف سنة ١٩٧٨ م ودرء تعارض العقل والنقل للإمام ابن تيمية تحقيق د . محمود رشاد سالم ج ١٠ ص ١٦٧ وما بعدها ط جامعة الإمام محمد بن سعود أولى ١٤٠٢ هـ وغير ذلك من كتب العقائد كثير .

(١٠٠) الأعراف : آية ١٧٦ .

فعله قال تعالى : « فأما من أعطى واتقى ، وصدق بالحسنى ، فسنيسره لليسرى ، وأما من بخل واستغنى ، وكذب بالحسنى ، فسنيسره للعسرى »(١٠١) وهذا السياق واضح فى إظهار بصمات الجهد البشرى مبين كل الإبانة عن كسب الإنسان واكتسابه وأنه هو لا غيره الذى يغرس ويجنى ماغرس ويتجه دون شائبة إكراه إلى ما يعى ولا يخرج هذا عن قدر الله الذى علم بفعله من الأزل فالمرء ليس مجبوراً مقهوراً مغلوبا على أمره لاحيلة له ولا عزم فالروابط بين السبب والنتيجة ثابتة لا خلاف فى ذلك وزعزعة هذه الروابط أمر مرفوض شرعا(١٠٢) .

وصدق الله القائل : « وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ، وأن سعيه سوف يُرى ، ثم يجزاه الجزاء الأوفى »(١٠٣) .

ثانيا : أن فكرة الجبر التى نادى بها الجبرية من مفكرى وعلماء الكلام فى الإسلام والمدرسة الوضعية الإيطالية فكرة قديمة تاريخيا حيث نادى بها بعض الذين عالجوا قضية حرية الإرادة فى الفلسفة الإغريقية القديمة مثل الرواقيين والذين تتميز فلسفتهم بالانتصار لحقوق الأفراد إزاء السلطات العامة والتمسك بوجود نواميس خلقية طبيعية يعتبرونها أسمى من القوانين الوضعية وأسبق ـ وأغلب الظن أن الذين عالجوا هذه الفكرة فى العصور الوسطى والحديثة من أمثال القديس أوغسطين وديكارت ثم غيرهما كهيجل حتى سارتر فى الفكر الغربى تأثروا بفكر الرواقيين وأخذوا منهم ونقلوا عنهم .

وتجدر الإشارة إلى القول بأن الفلسفة الإغريقية بوجه عام تقوم فى جوهرها على أن للإنسان إرادة حرة وقد سلمت بذلك تسليما دفع أرسطو إلى القول بأن الفضيلة والرذيلة إرادتيان يشهد بهذا الضمير وتصرف الشارعين فى توزيع المكافآت وتوقيع العقوبات وتقدير ظروف الحرية والإكراه والجهل غير المقصود ـ كما أن أفلاطون يرى أن الشخص الذى اختار الفضيلة أو الرذيلة هو المسئول وليست السماء مسئولة عن خطئه ـ ويرى البعض أن الفكر الإغريقى لم يقف طويلا عند تأكيد حرية الإرادة لأنها ـ عندهم ـ كانت بديهية لاتحتاج إلى كثير برهان ولعل اعتمادهم الأقوى كان على شهادة الشعور والوجدان التى اعتبرت فيما بعد أقوى شهادة على توافر هذه الحرية(١٠٤) .

---

(١٠١) سورة الليل : الآيات ٥ ـ ١٠ .

(١٠٢) يراجع دستور الأخلاق فى القرآن للمرحوم د / عبد الله دراز ترجمة د . عبد الصبور شاهين ط مؤسسة الرسالة سنة ١٣٩٣ هـ ص ١٩٧ وما بعدها وهموم داعية للمفكر / محمد الغزالى ص ١٩٢ ط دولة قطر .

(١٠٣) النجم : آية ٣٩ ـ ٤١ .

(١٠٤) انظر فى التسيير والتخيير د . رءوف عبيد ط ثانية سنة ١٩٧٦ دار الفكر العربى .

ثالثا : أن فكرة الجبر السابق عرضها وجدت وبحق نقدا ومعارضة منذ نشأتها فى أحضان الفلسفة الإغريقية وحتى الآن وآية ذلك مايلى :

(أ) أنه وكما سبق القول ـ أن الفلسفة الإغريقية تقوم فى جوهرها على الأخذ بعكس مانادى به أصحاب هذه الفكرة من الجبريين والقدريين وأن الرواقيين شذوا عن الخط العام للفلسفة الإغريقية كما شذت الأبيقورية عن الفلسفة اليونانية ـ التى تسير على نفس المنهج الأغريقى[105] عند النظر لقضية حرية إرادة الإنسان .

(ب) أن اتجاه الجبرية بقيادة جهم بن صفوان وطائفة من الأزارقة معهم بفكرهم عن هذه القضية وجد تحليلا علميا ورداً كافيا وعلى مختلف العصور من صفوة مفكرى رجالات الإسلام فابن تيمية وابن القيم هاجما فكرة الجبر ودعاتها وبينوا النتائج الخطيرة التى يمكن أن تبنى عليها وفى ذلك يقول ابن تيمية فى جامع الرسائل بما مضمونه أن الأخذ بقول هؤلاء ـ يقصد الجبرية ومن نحا نحوهم ـ يصبح كل شيء سواء الخير والشر والحسن والقبيح والطيب والفاسد لأن الله تعالى يرجح أحدها على الآخر دون مرجح ومن ثم فإن كل الممكنات عندهم متماثلة فلا فرق بين أن يريد رحمة الخلق ونفعهم والإحسان إليهم أو يريد فسادهم وهلاكهم واضرارهم فكل هذا عنده سواء[106] من وجهة نظر المجبرة .

ويستنكر ابن القيم قول الجبرية أن الله لايعاقب عباده على مالم يفعلوه ولاقدرة لهم على فعله بل يعاقبهم على مافعله هو دونهم واضطرهم إليه وأجبرهم عليه وذلك بمنزلة عقوبة الزمن « المريض » إذا لم يطر إلى السماء وعقوبة أشل اليد على ترك الكتابة وعقوبة الأخرس على ترك الكلام فتعالى الله عن هذين المذهبين ـ المعتزلة والجبرية ـ المنحرفين ـ الباطلين[107] .

والإمام ابن القيم يغوص بفكره إلى الأعماق ليخرج لنا أساس قول الجبرية ومن سار على دربهم بقوله عنهم « وهذا فعل الذين يستمسكون بالمتشابه فى رد المحكم فإن لم يجدوا لفظاً متشابها غير المحكم يردونه به استخرجوا من المحكم وصفا متشابها وردوه به وهذا مافعله الجبرية تماما فى النصوص المحكمة التى تثبت كون العبد قادراً مختارا فاعلا بمشيئته

---

(١٠٥) تتميز الفلسفة الأبيقورية والتى تنسب أساسًا إلى Leucippus بالنزعة المادية وبمعاداة الدين عن طريق القول بأن التوقف عن الاعتقاد فى الدين أدعى للإيمان بالآلهة من الإيمان به كما أن التماس الأمان هو المثل الأعلى ـ كما يمكن القول بأن الرواقية والأبيقورية يوجد بينهما فى الفكر تشابه مثل القائم بين فكر الجبرية والمعتزلة فى الفكر الإسلامى .

(١٠٦) جامع الرسائل المجموعة الأولى ط . أولى ص ١٠٣ ويراجع الفتاوى الكبرى ج ٥ ص ٢٣ وص ٢٢ دار المعرفة بيروت ١٣٩٨ هـ .

(١٠٧) شفاء العليل فى مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل ط دار العلم بيروت ص ٤٩

بمتشابه قوله تعالى : « وما تشاءون إلا أن يشاء الله » وقوله « من يشأ الله يضلله ومن يشأ يجعله على صراط مستقيم » وأمثال ذلك ثم استخرجوا لتلك النصوص من الاحتمالات التى يقطع السامع أن المتكلم لم يردها ماصيروها به متشابهة(١٠٨) .

والإمام ابن حزم ناقش هذا القول وأبطله من ثلاثة وجوه الحس والنص واللغة التى بها خاطبنا الله تعالى وبها نتفاهم وعند حديثه عن الوجه الثالث يقول مانصه « والمجبر فى اللغة هو الذى يقع الفعل منه بخلاف إختياره وقصده فأما من وقع فعله باختياره وقصده فلا يسمى فى اللغة مجبرا وإجماع الأمة كلها على لاحول ولا قوة إلا بالله مبطل قوة المجبرة ووجب أن لنا حولاً وقوة ولكن لم يكن لنا ذلك إلا بالله تعالى ولوكان ماذهب إليه الجهمية لكان القول لاحول ولاقوة إلا بالله لامعنى له وكذلك قوله تعالى « لمن شاء منكم أن يستقيم وماتشاءون إلا أن يشاء الله رب العالمين » فنص تعالى على أن لنا مشيئة إلا أنها لاتكون منا إلا أن يشاء الله كونها(١٠٩) .

وأهل العلم من المفسرين لم يذهب واحد منهم إلى الأخذ بهذه المقولة الفاسدة كما أننا لم نسمع قط عن مفكر إسلامى أخذ بهذه الوجهة من النظر بعد هؤلاء حتى يومنا هذا(١١٠) ويعلق صاحب إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم على النص السابق بقوله « هذا النص تحقيق للحق ببيان أن مجرد مشيئتهم غيركافية فى اتخاذ السبيل كما هو المفهوم من ظاهر الشرطية أى وماتشاءون .. اتخاذ السبيل ولاتقدرون على تحصيله فى وقت من الأوقات إلا وقت مشيئته تعالى تحصيله لكم إذا لادخل لمشيئة العبد إلا ف الكسب وإنما التأثير والخلق

---

(١٠٨) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩٥ بتصرف ط . مكتبة الكليات الأزهرية .

(١٠٩) الفصل ف الملل والنحل ج ٣ ص ٢٣ دار الفكر نسخة مصورة ف بيروت ط المطبعة الأدبية مصر سنة ١٣٢٠ هـ .

(١١٠) يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ١٩ ص ١٥٢ والملاحظ فى الفكر الإسلامى عند معالجته لهذه المسألة «إرادة الإنسان وحريته» أن الذين قالوا بفكرة الجبر أو التسيير المطلق هم الجبرية ومن نحا نحوهم حيث جردوا الإنسان من الحرية ومن أفعاله التى يرون أنها ليست من كسبه وإنما هى فرضت عليه فرضًا وهذا قول واضح الفساد لا يستند على أصل فقهى شرعى كما أن المعتزلة الذين قالوا بحرية الإنسان واستقلاله فى القيام بأفعاله مما يجعله مسئولاً عنها وأهلاً لأن يعاقب أو يثاب عليها لا يخلو رأيهم من شطط وغلو حيث يفضى ضرورة إلى إنكار تدخل الإرادة الإلهية وهذا القول أيضًا كسابقه واضح البطلان وما عدا هذان الرأيان ــ فيما أعلم ــ لم نسمع صوتا ينادى بهذه الأفكار بدءًا من محاولات التوفيق بين الحرية والجبرية التى قام بها الإمام أبو الحسن الأشعرى ولد بالبصرة ٢٦٠ ــ متوفى بها ٣٣٠ هـ وبعده فيلسوف قرطبة الإسلامى ابن رشد ٥٢٥ ــ ٥٩٥ هـ وانتهاء بالإمام الشيخ محمد عبده ١٨٤٥ ــ ١٩٠٥ ومحمد اقبال ١٨٧٣ ــ ١٩٣٨ وغيرهم ــ وهذا يعنى أن الإمكان والضرورة وهما الصفتان اللتان تكوّنان مجال المسئولية وعدمها كل على حدة قد بحثا من جانب مفكرى الإسلام واستقرا على ما هو صواب وأن فكر الجبرية والمعتزلة لا مكان لهما ف ظل الفكر الفلسفى الإسلامى الصحيح .

لمشيئة الله عز وجل »[111] .

هذا هو وضع الإنسان فى نظر الإسلام وهو وضع يدل دلالة واضحة على أن الإسلام يرى أن الإنسان صاحب حرية واختيار فى حياته فهو يفعل الخير مختاراً فيثاب ويفعل الشر مختارا فيعاقب وبتلك الحرية وهذا الاختيار كلفه الله وأرسل إليه الرسل لتهديه وترشده ثم تركه ومايختار لنفسه من مسلك الخير أو الشر لايدفعه بقوة خارجة عن نفسه إلى خير أو شر ولو شاء ذلك لخلقه بطبيعة الخير فلا يعرف شراً أو بطبيعة الشر فلا يعرف خيرا وعندئذ لايكون هو الإنسان الذى جعله خليفة فى الأرض وكلفه بدينه وشرائعه وأعد له الثواب والعقاب ولكن خلقه مختاراً فى أفعاله وبذلك يكون جزاؤه فى يوم الدين تبعا لما يختاره لنفسه فى الحياة وصدق الله القائل : « هل يجزون إلا ماكانوا يعملون »[112] .

(جـ) إن فكر المدرسة الوضعية الايطالية وإن حقق عند ظهوره شيئا من التقدم ووجد كثيراً من الرواج فمرجع ذلك المحاولة فى توظيف واستخدام المنهج التجريبى للكشف عن العوامل التى تؤدى إلى الإجرام لكن البحث المتأنى لفكر هذه المدرسة يكشف عن أخطاء عديدة أدت بالتالى إلى استخلاص نتائج خاطئة مما جعل رجال الفكر الجنائى الوضعى ــ لاسيما فى الغرب يقررون أن هذه المدرسة لم تأت بجديد اللهم فيما قررته من وجود نمط المجرم بالميلاد[113] .

كما يرى بعض الفقهاء المعاصرين أن فكر هذه المدرسة اقترن باغفال شأن العدالة والردع العام كأثر لمبدأ حتمية الظاهرة الإجرامية[114] والثابت أن لمبروزو لم يستخدم فى دراسته للمجرمين مجموعة ضابطة وفقا للأصول العلمية حتى يحدد المدى الذى وصل إليه التشابه أو الاختلاف بين المجرمين والأسوياء بالنسبة للخصائص التى زعم أنها تميز المجرمين عن غيرهم فضلاً عن تجاهله العوامل الفردية مثل الحالة النفسية وبعض العادات السيئة للأفراد وكذا العوامل الاجتماعية العديدة كالبيئة والظروف الاقتصادية وغير ذلك . ومما

---

(١١١) تفسير أبى السعود للقاضى أبى السعود محمد بن محمد العمادى المتوفى عام ٩٥١ هـ ج ٩ ص ٧٦ ط دار إحياء التراث العربى ببيروت بدون تاريخ وانظر فتح القدير لمحمد بن على الشوكانى ج ٥ ص ٣٥ ط دار الفكر ببيروت ١٤٠٣ هـ وللمرحوم سيد قطب كلام فى هذا المعنى يراجع الظلال ج ٦ ص ٣٧٨٦ دار الشروق ببيروت ١٣٩٧ هـ ويراجع الاستقامة لابن تيمية تحقيق د . محمود رشاد سالم ج ٢ ص ١٣٨ ط . جامعة الإمام محمد بن سعود ١٤٠٤ هـ

(١١٢) الأعراف : آية ١٤٧ ويراجع الإسلام عقيدة وشريعة للمرحوم الشيخ محمود شلتوت ص ٤٩ ط دار الشروق ببيروت سنة ١٤٠٤ هـ ويراجع أيضا تجديد الفكر الدينى فى الإسلام لمحمد إقبال ترجمة المرحوم عباس العقاد ط سنة ١٩٥٥ ص ١٢٤ وابن رشد وفلسفته الاسلامية د / محمود قاسم ط ١٩٦٤ ص ١٨٧ .

(١١٣) الظاهرة الإجرامية د / المجدوب ص ١٥٣ دار النهضة العربية ١٩٧٥ .

(١١٤) علم الإجرام د . محمود نجيب حسنى ص ٢٣٢ .

يؤكد خطأ الفكر التشريعي لهذه المدرسة أن الفقيه Goring ـ الإنجليزي أجرى دراسة على عينة من المحكوم عليهم بلغ عددهم ثلاثة آلاف شخص فضلا عن عدد آخر من الأسوياء من مختلف المهن اتخذ منهم مجموعته الضابطة وذلك بقصد التحقق من صحة النتائج التى سبق أن خرج بها لمبروزو من دراساته وخاصة فيما يتعلق بالملامح الخارجية للمجرمين والتى زعم أنها تميزهم عن غيرهم ـ وكانت النتيجة عدم صحة ماذهب إليه وأعلنه لمبروزو[115] .

بيد أنه من الثابت فعلا أن بعض فلاسفة الغرب حاولوا محاولات جادة للخوض فى غمار هذه القضية قبل لمبروزو ولكن من باب التوفيق بين التسيير والتخيير وقد تعددت هذه المحاولات لدى فلاسفة العصرين الوسيط والحديث فى أوربا واتخذت هذه المحاولات صيغاً شتى متعدده ومن هؤلاء الفلاسفة القديس أوغسطين ٣٥٤ ـ ٤٣٠ وتوما الأكوينى ١٢٢٥ ـ ١٢٧٤ ونقولا مالبرانش ١٦٣٨ ـ ١٧١٥[116] Malebranche وهكذا نخلص إلى أن فكر الجبرية ومن سار على دربهم مردود من منظور التشريع الجنائى الإسلامى على أصحابه وثمة اتفاق على ذلك بين جمهرة أهل العلم والعلة فى ذلك وبلغة العصر كما نعلم ـماينبنى على قولهم من إغفال شأن العدالة والردع العام كأثر لمبدأ حتمية الظاهرة الإجرامية ـ وليس هذا مقصود الشارع الإسلامى لدرجة أن الكمال بن الهمام المفكر الإسلامى والفقيه الحنفى يرى أن العقوبات فى النظام الجنائى الإسلامى قد شرعت لتحقيق المنع العام فإذا نفذت على شخص معين فإنها تمنعه بذاته من العود إلى الإجرام مرة أخرى وتنفيذها علنا يؤكد معنى المنع العام لهذه العقوبات ولايخفى أن تنفيذ العقوبة علانية أصل مقرر فى الفقه الجنائى الإسلامى ـ وبمثل هذا القول قال الماوردى الشافعى والقرافى المالكى وابن حزم الظاهرى وابن مفلح الحنبلى[117] وليس ثمة جدال فى أن أولى النهى من مفكرى القانون الجنائى الوضعى وفلسفته يردون فكر المدرسة الوضعية الإيطالية لما سبق بيانه وبذلك نستطيع القول بما قال به ربنا سبحانه وتعالى : « فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ماينفع الناس فيمكث فى الأرض »[118] .

---

(١١٥) الظاهرة الإجرامية د. المجدوب ص ١٥٤ .

(١١٦) مشكلة الحرية د. زكريا ابراهيم ط. ثانية ص ١٦٠ والتيسير والتخيير د. رءوف عبيد ص ٢٣٣ .

(١١٧) انظر فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ والفروق ج ١ ص ١٣ الفرق التاسع والثلاثون والمحلى ج ١٠ . ص ٥١٨ والمبدع فى شرح المقنع ج ٩ ص ٤٦ ـ ٤٧ ط المكتب الإسلامى ـ دمشق ١٣٩٩ هـ والأحكام السلطانية ص ٢٢١ ط الحلبى .

(١١٨) سورة الرعد : آية ١٧ .

نتيجة هامة

وهكذا نصل إلى القول بأنه إذا كان الهدف من العقوبة هو الجزاء أو المقابل للجريمة (Retribution) حسبما يقول أهل فلسفة القانون الجنائى الوضعى أو كان الهدف منها هو منع الجريمة (Deterrence) مستقبلا بما فى ذلك المنع بشقيه العام (General deterrence) والذى يشمل الأفراد بصفة عامة فى كل المجتمع أو على الأقل المجرمون المحتمل أن تقع منهم الجرائم والمنع الخاص (Particular deterrence) والذى ينحصر أثره فى المجرم الذى وقعت منه الجناية ونال مقابلها العقوبة أو كان الهدف من العقوبة هو إصلاح الجانى (Reformation) على اعتبار أن النشاط الإجرامى سببه عوامل سابقة عليه وأن ذلك النشاط مرتبط بالمقدمات السابقة عليه وأن هذه المقدمات أو العوامل فى الامكان تحديدها واتخاذ الوسائل العلاجية المناسبة مما يترتب عليه تغيير فى سلوك مثل هؤلاء الأشخاص أو كان الغرض من العقوبة تأهيل الجانى على اعتبار أن هذا التأهيل هو السبيل إلى حماية المجتمع وحماية المجرم معا فإن الشريعة تشمل هذا كله وترى صوابا أنه لا يجب أن تحصر أغراض العقوبة فى هدف أو غرض واحد فقط ومناط ذلك أن تنوع جوانب الآثار الاجتماعية للعقوبة وأهمية ذلك وطبيعة هذه الجوانب ترفض وتأبى حصر العقوبة فى هدف واحد لكنها تصدر عن فكرة واحدة وهى تحقيق العدالة ولا يتم ذلك إلا بوقوع الردع بشقيه حيث الردع العام إنذار من الشرع الإسلامى إلى الناس كافة بسوء العاقبة والمنقلب فالعقوبة هنا تتوازن تماما مع الدوافع الإجرامية عند وقوع الجريمة وليس فى ذلك قسوة فالجزاء من جنس العمل ـ ولاشك أن الفكر الوضعى يفتقد هذا التوازن . وحتى يظل هذا التوازن ثابتا لا يهتز تحقيقا لفكرة الردع العام المنبثقة عن قضية العدالة والتى هى هدف العقوبة فى الفقه الإسلامى سحب من يد ولى المجنى عليه سلطة العفو عن الجانى فى القتل غيلة وفى ذلك يقول الإمام ابن حزم الظاهرى وعبارته فى قتل الغيلة «إذا بلغ الإمام فليس لولى المقتول أن يعفو وليس للإمام أن يعفو وإنما هو حد من حدود الله»[(١١٩)] كما أن الشريعة الإسلامية لم تهمل الردع الخاص وهو الذى يعنى علاج الخطورة الكامنة فى شخص المجرم وإذا كانت ثمرة الردع الخاص هى تهذيب المجرم وتأهيله فذلك أمر لا جدال فى حدوثه ضمن عقوبات الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن فالحبس أمر وارد والتعزير الدقيق للمعاملة العقابية كذلك

---

(١١٩) المحلى ج ١٠ ص ٥١٨ مسألة رقم ٢٠٩٥ ويراجع الشرح الصغير ج ٦ ص ٣٤ وما بعدها وتعليق الشيخ المبارك فى الهامش ط عيسى الحلبى بدون تاريخ .

والإيلام فى بعض العقوبات التى تنفذ على المجرم أمر من مستلزمات علاج الخطورة الكامنة فى شخص المجرم . وهكذا يكون هدف الشريعة الإسلامية من العقوبة إصلاح النفوس وتهذيبها والعمل على سعادة الجماعة البشرية وشأنها فى هذا شأن الطبيب الحاذق رأى بعد بذل غاية وسعه فى العلاج أن سلامة المريض وإنقاذ حياته تحتم بتر بعض الأعضاء حتى يسلم الجسم أو شأن قائد السفينة الماهر الذى يرى إلقاء بعض امتعتها فى البحر حفاظًا عليها من الغرق .

وهكذا فالعقوبة تتوازن مع الجريمة تمامًا ألا ترى أن عقوبة القطع فى السرقة لا يقصد بها عودة المال المسروق بذاته أو قيمته ولوكانت لأجل المال فقط لقطع الغاصب أيضًا لكن حكمة الشريعة قطع الأول وتعزير الثانى لما للأول من آثار مفزعة بين خلايا المجتمع وصدق الله القائل «ويرى الذين أوتوا العلم الذى أنزل إليك من ربك هو الحق ويهدى إلى صراط العزيز الحميد »[120] .

المطلب الخامس

« فلسفة شرعية العقوبة فى الفقه الإسلامى »

العقوبة فى الفقه الإسلامى ركنت على أسس فلسفية من أهمها مايلى :

أولاً : إتساع سلطة ولى المجنى عليه عن سلطة ولى الأمر أحيانا حيث جعل الإسلام حق المطالبة بالدم وحق العفو لولى المجنى عليه ولم يجعل لولى الأمر حقا فى العفو إذا ماتمسك ولى الدم بالقصاص ولا سلطان لولى الأمر على الجانى فى حالة عفو ولى المجنى عليه إلا إذا كان الجانى معروفا بالشر[121] وظهر للإمام أن المصلحة تقضى بعقابه دفعا للشر وحفظا للأمن ـ

---

(١٢٠) سورة سبأ : آية رقم (٦) .

(١٢١) ليس للعفو أى أثر على الجرائم التى تجب فيها عقوبات الحدود وليس للعفو أثر أيضًا على هذه العقوبات سواء كان العفو من المجنى عليه أو من ولى الأمر حيث العقوبة هنا محتمة ولازمة وإنما تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولى دمه أن يعفو عن عقوبتى القصاص والدية بمعناهما الأعم دون غيرهما من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية كالكفارة مثلا ومن حق ولى الأمر أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجانى أو بعضها فى جرائم القصاص والدية والأصل فى دستورية حق المجنى عليه أو وليه فى العفو آيات كثيرة فى القرآن الكريم نختار منها قول الحق سبحانه فى سورة المائدة : «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له» والتصدق به هو القصاص فى حالة العفو من الذى يملكه حيث يكون كفارة للمتصدق «الذى =

وهذه العقوبة هى التى تسمى « تفويضية » وللإمام الحق فى أن يصل بها إلى القتل إذا ماكانت هناك ضرورة تحتم ذلك .

ومناط هذا الحكم أن جناية القتل أساساً إعتداء ينصب على نفس المجنى عليه وعلى عصبته الذين يعتزون بوجوده ويحرمون بفقده عون ومساعدة وهذه جهات يتحتم النظر إليها عند التعرف على أصحاب الحقوق فى مثل هذه الحالة كما أن الجماعة عائد عليها الفائدة المحتمة آنذاك أيضا على أساس أن الحق إذا ما انتزع من أيدى أولياء المجنى عليه وجاز ألا يقتص الحاكم فإنهم يحتالون بمالايقع تحت طائلة القانون للانتقام والثأر فيكون التشاحن والخصام ويستمر البغى والعدوان ويتناصر كل فريق مع فريقه ضد الآخرين فيفشوا الفساد ويعم الإجرام وهذا من أخطر مايكون على الجماعة . ولكن بوضع الحق بين يدى أولياء المجنى عليه ثم يأتى العفو من قبلهم فإن النفوس تطمأن ويكون العفو الذى دعت إليه الشريعة استحبابا طهرة للدماء وعلاجاً للجراحات[١٢٢] والسلطان أو ولى الأمر هو الذى يناط به تكليفا وضع هذا الحق بين يدى أولياء المجنى عليه[١٢٣] .

كما أن ولى الأمر فى هذا الشأن ـ جرّاح حاذق أو طبيب ماهر وعليه أن يتخير من العقوبات فى حالة عفو أولياء المجنى عليه وكانت المصلحة تحتم عقاب الجانى ـ بما يتناسب وتحقيقها فالحبس أو النفى أو الجلد أو القتل أو غير ذلك أمر لاجناح عليه فيه[١٢٤] حيث إن قراره بالعقوبة هنا رهين مصلحة الجماعة التى لها حق فى الجريمة ويظهر وضوح هذا الحق فى حالة العود من الجانى أو ميله للشر بحيث يجد فيه تحقيق رغبة لنفسه المريضة وبهذا تكون الشريعة الإسلامية حفظت لأولياء المجنى عليه حقهم وللجماعة حقها ولم تهمل واحداً من الحقين .

ثانياً : أن حق المجنى عليه أو وليه وكذلك السلطان ينتج أثره فى العقوبة فقط وليس

= عفا » والإمام ابن العباس يرى فى ذلك رأيا مخالفا والتصدق أو العفو عن القصاص يتم حين إسقاط مقابل الدية أو مجانا . وفى المسألة خلاف كما أن السنة النبوية المطهرة أبدت ما ورد فى النص القرآنى حيث يقول أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه : «ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إليه شىء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو» يراجع الجامع لأحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ج ٢ ص ٦٣١ ـ ٦٣٢ ط دار المعرفة بيروت تحقيق محمد البجاوى بدون تاريخ وانظر كتاب الديات صحيح البخارى ط المكتبة الإسلامية استانبول تركيا ١٤٠١ هـ ج ٨ ص ٣٤ وما بعدها

(١٢٢) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٣١٦ ـ ٣١٧ .

(١٢٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٤ ط الحلبى ١٣٨٦ هـ .

(١٢٤) انظر المصدر السابق ص ٣٧٦ وص ٤٢٧ .

لأى واحد منهم العفو عن الجريمة(١٢٥) ومناط هذا الحكم أن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساسا بالمجنى عليه ومن الشق الذى تمس الجريمة فيه المجتمع منع المجنى عليه من العفو حتى يمكن معاقبة الجانى ومن الشق الذى فيه ضرر ناجم على المجنى عليه وحده منع ولى الأمر بالعفو عن الجريمة حتى لايتعطل حق المجنى عليه فى القصاص والدية وهذا يعنى التوازن التام فى السير بالأمة إلى درب الأمان حتى تقوم بما أنيط بها من تكليفات شرعية على خير مايكون .

ثالثاً : كما أن الأخذ بعكس ماسبق قوله حيث تكون بعض السلطات فى الدولة صاحبة الحق الأصلى ـ لها وحدها أن تقتص أو تعفو ـ دون نظر إلى قرابة المجنى عليه اكتفاء بحقهم فى التعويض الناجم على أثر حكم تصدره هيئة قضائية ـ فى جرائم القصاص ـ أمر يتضارب وفطرة الله التى فطر الناس عليها حيث بعض النفوس تحفظ فى مكنوناتها احقاد لايقوى المال ـ مهما كثر ـ على تطهيرها . ولذلك يرى الفقهاء أن عمل الحاكم الفصل فى الخصومات وإيفاء الحقوق لأصحابها ومن باب أن أمير الحكم مسلط على الأدب فى رعيته فإن القصاص لايستوفى إلا بحضرته ـ كما أن الحاكم عليه أن ينظر فى الولى فإن كان يحسن الاستيفاء فى القصاص ويقدر عليه أمكنه منه طالما لديه القوة والمعرفة ـ وأساس هذا القول إن تمكين ولى الدم من تنفيذ القصاص بنفسه تحت إشراف السلطات المختصة يطفئ الأحقاد والتمكين أبلغ من التشفى قال تعالى : « ومن قُتِلَ مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل »(١٢٦) . وفى هذا النص إشارة إلى جعل الحق لولى المجنى عليه وفيه نهيه عن الاسراف فى أخذ حقه ـ بل إن بعض مفكرى المذهب الحنبلى يرى جوازية القصاص بواسطة ولى المجنى عليه فى الجانى دون حضرة الأجهزة المختصة فى الدولة ـ إذا كان القصاص فى النفس فقط استناداً إلى مايلى من أسس .

الأول : أن القصاص فى النفس حق لأولياء الدم مثل المال تماما ومن ثم جاز لهم أخذ هذا الحق دون حضور السلطان ولاتعزير عليهم لافتئاتهم على السلطان .

الثانى : استندوا إلى مارواه مسلم من أن النبى ـ عليه الصلاة والسلام ـ : « أتاه رجل

---

(١٢٥) ذكر صاحب الكنز فى الرجل الذى يقتل عمدًا ولا ولى له أن من حق السلطان أن يقتل قاتله وله أن يصالح وكذلك الحكم فى اللقيط انظر ج ٦ ص ١٠٨ ط . دار المعرفة ببروت وهذا يعنى أن صاحب الحق الأصلى فى الجريمة هو ولى الدم وأنه هو الذى يناط به طلب القصاص وطلب العفو ـ إن عفا ـ دون أن يحول ذلك بين الإمام وبين المحافظة على أمن الجماعة وسلامتها .

(١٢٦) الإسراء : آية ٣٣ .

يقود آخر فقال إن هذا قتل أخى فاعترف بقتله فقال النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فاقتله » .

الثالث : اشتراط حضور السلطان عند تنفيذ القصاص لايثبت إلا بدليل ـ ولا يوجد وبالتالى فإن الأمر يبقى على أصله[١٢٧] حيث لانص ولاقياس ولا إجماع على السلطان .

رابعا : كل اعتداء على حق الله « الجماعة » تحريك الدعوى الجنائية فيه السلطات المختصة فى الدولة والشرع يغل يد المجنى عليه بتاتا حيث يناط بالسلطة فى الدولة الإسلامية وحدها دون غيرها تحريك هذه الدعوى إلا إذا ترتب للمجنى عـ فى استرداد مال أو تعويض فإن له حق الادعاء للمطالبة بهذا الحق دون أن يمـ الدعوى الجنائية فلوكانت جناية سرقة مثلا فمن المعروف فقها وقضاء فى الدولة الا أنه يترتب على ثبوت السرقة شيئان .

الأول : ضمان قيمة المال المسروق أو رده لأصحابه إن بقى على حاله لم يتغير التصرف فيه من قبل السارق .

الثانى : قطع السارق . ويلاحظ أن هذه مسألة خلافية بين الفقهاء حيـ الشافعى وأحمد أن القطع والضمان يجتمعان دائما لأن السارق أتى بما يوجب القـ

---

(١٢٧) نادى بهذا الرأى صاحب المبدع أبى اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد المؤرخ الحنبلى ٨١٦ ـ ٨٨٤ انظر ج ٨ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩ و ج ١٠ ص ١١ ـ ١٢ ط . المكتب الإسلامى ١٤٠٠ هـ وابن قدامه يرى أنه لا يجوز القصاص إلا بحضرة السلطان لأنه أمر يفضى إلى الاجتهاد ويحرم الحيف الحيف مع قصد التشفى بل إنه يرى أن من واجب السلطان أن يتفقد آلة الاستيفاء حتى لا تؤدى إلى تعذيب من القصاص وبمثل هذا القول قال الشافعية والأحناف وابن حزم الظاهرى والمالكية انظر الأم مع مختصر ا. ص ٣٤٣ ط دار الفكر ثانية ١٤٠٣ هـ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٤١ ط الحلبى ١٣٧٧ هـ والمحلى ج ١٠ ص ٧٠ التراث القاهرة تحقيق أحمد محمد شاكر والمغنى ج ٧ ص ٦٩٠ ط مكتبة زهران والشرح الصغير ج ٦ ص ٤٨ الحلبى تعليق الشيخ محمد بن ابراهيم المبارك على شرح الصاوى والبدائع ج ٧ ص ٢٤٥ ط . دار الكتاب العر ثانية ١٤٠٢ هـ . والحق أن الله تعالى أوجب القصاص ردعًا عن الإتلاف وحياة للباقين وحقًا للورثة أولياء ا يتحقق فيه العفو الذى ندب إليه فى باب القتل ولذلك فسر العلماء . كلمة (سلطان) الواردة فى النص القرآنى بالخيرة بين القتل والدية والعفو ـ حيث إن القتل اعتداء على حق الفرد أساسًا وفى حالة اختيار ورثة الدم للقصـ يجب أن يكون تحت إشراف وسلطان الدولة حتى لاتقع المشاحنة أكثر وتعم الفوضى ويشيع الاضطراب بـ وما رواه ابن مفلح يمكن حمله على أن أمر النبى صلى الله عليه وسلم للرجل الذى جاء بالقاتل إليه ـ فى قوله عليه والسلام اذهب فاقتله ـ لا يعنى ترك القاتل وولى الدم دون إشراف الدولة وسلطانها وفى ذلك عدم إهدار واتفاق تام مع أصول التشريع الإسلامى ـ يراجع العرض الرائع لابن العربى فى تفسير النص القرآنى المـ ص ١٢٠٦ وما بعدها دار المعرفة ببيروت تحقيق على محمد البجاوى بدون تاريخ .

يوجب ضمان قيمة المسروق فى كل سرقة وعلة ذلك أن كل سرقة اعتداء على حقين حق الله أو الجماعة حيث الحرمة والضرر وحق العبد الذى أتلف ماله دون مبرر وإذا كانت الجريمة إعتداء على حقين فليس ثمة مايمنع أن تكون الجريمة مضمونة بضمانين[١٢٨] وتقابل هذه الجرائم فى الفقه الجنائى الإسلامى ـ الجرائم التى يترتب عليها فى النظم الجنائية الوضعية حق غير مقيد للدولة فى اقتضاء العقاب حيث يستقل أشخاص حددهم القانون بالقيام بكافة أعمال التحقق من وقوع الجريمة والمحاكمة والادعاء وإصدار الحكم فى الدعوى دونما تدخل من المجنى عليه أو من هو فى حكم المجنى عليه[١٢٩] .

وعلى العكس من ذلك فإن جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التعازير التى يكون طبيعة الاعتداء فيها يمثل جورا وافتئاتاً على حق العبد تقيد سلطة إقتضاء الدولة لحقها فى العقاب ومرجع ذلك أن غير الدولة وسلطاتها من أصحاب الحقوق أقدر على تقدير مدى ملائمة إقتضاء الدولة لهذا الحق . أو بعبارة أخرى تغليب المصلحة الخاصة التى يمثلها المجنى عليه على المصلحة العامة . التى تقوم الدولة على تمثيلها ورعايتها[١٣٠] وفى تقديرنا أن تقييد سلطات الدولة فى هذا الشأن لايحتاج إلى طلب يقدم من المجنى عليه أو ولى دمه . ذلك أن

---

(١٢٨) يراجع التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عودة القسم الخاص ص ٦٢٠ .

(١٢٩) فى أصول النظام الجنائى الإسلامى د . محمد سليم العوا ـ ص ٨١ ط . دار المعارف نقلاً عن حق الدولة فى العقاب د/ الصيفى .

(١٣٠) تقيد القوانين الوضعية سلطة إقتضاء الدولة لحقها فى العقاب أحيانًا بسبق صدور طلب من جهة معينة وتبنى ذلك على أمور كثيرة منها مساس الجريمة بالعلاقات بين الدولة التى تقع فيها الجريمة ودولة أجنبية م ١٨١ ـ ١٨٢ قانون العقوبات المصرى أو مساسها بشخص له حصانة معينة م ١٨٤ من القانون المصرى كما أن سلطة الدولة فى بعض القوانين الوضعية تكون مقيدة أيضًا على سبيل الاطلاق فيما يمكن أن يقال عنه إهدار لمبدأ المساواة فى القوانين حيث العدالة القانونية تقوم على أن يكون القانون واحدًا من حيث التشريع والتطبيق لا تميز فئة على أخرى ـ إلا أن القوانين الوضعية تميز بعض الفئات على حساب البعض الآخر دون وجه حق مثل رئيس الدولة ورؤساء الدول الأجنبية عند دخولهم بلدًا آخر غير بلادهم فى حالة إرتكابهم ما يستوجب محاكمتهم فى بلادهم الأصلية وتمييز رجال السلك السياسى من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها إلخ وفى تقديرنا أن مبدأ المعاملة بالمثل أمر له دوره فى هذا الشأن ويدخل فى عداد السياسة الشرعية الإسلامية إذا ترتب عليه إعادة رجال السلك السياسى الإسلامى إلى بلادهم لمحاكمتهم مقابل هذا الصنيع من الدولة الأخرى وللإمام أبو حنيفة رضى الله عنه رؤية كاملة أو نظرية فى هذا الشأن «اقليمية الشريعة» مضمونها أن الشريعة تطبق على كل الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام سواء كان مرتكبها مسلمًا أو ذميا أما المستأمن يعاقب إذا ارتكب جريمة تمس حقا للعباد لاتفاق ذلك وطبيعة إقامته وللإمام أبى يوسف رأى يخالف صاحب المذهب وكذلك للأئمة مالك والشافعى وأحمد رضى الله عنهم رأى يختلف مع مفكرى المذهب الحنفى انظر ماكتبه الكاسانى من أول قوله : «وأما الأحكام التى تختلف باختلاف الدارين فنقول ... إلخ» البدائع ج ٧ ص ١٣٠ ط. دار الكتاب العربى بيروت ثانية ١٤٠٢ هـ وانظر أيضًا ماكتبه ابن قدامة ج ٨ من المغنى ص ٥٣٢ ط مكتبة الكليات الأزهرية مصر وجميعهم متفقون على عدم تمييز أو استثناء أى واحد من العقوبة مهما كان منصبه أو جاهه فالكل أمام النص سواء .

الحق المعتدى عليه حق فردى خالص كما أن المصلحة تتطلب أن ينوء أصحاب الحقوق ـ هنا ـ بحملها هذا فضلاً عن أن طبيعة العمل الجنائى فى مثل هذه الجرائم لايدخل فى عداد المسائل الإجرائية الاجتهادية (١٣١) .

فقالب إجراءات تنفيذ العقوبة فى بعض الجنايات مثل الحدود والقصاص من منظور الفقه الجنائى الإسلامى جامد غير مرن إن صح القول لأن فى ذلك حماية للمصلحة العامة حيث الطرق التى رسمها الشرع تكفل للدولة حقها فى القصاص من الجانى دون إخلال بأى ضمان جوهرى فى إجراءات المحاكمة والتحقيق لإثبات البراءة أو عكسها وفيما عدا ذلك فإن المسائل الاجرائية كلها تدخل فى عداد الأمور الاجتهادية التى يجب أن تصدر السلطة المختصة فى الدولة الإسلامية ماتراه ملائما من أحكام تنظمها أو قواعد تحدد كيفية مباشرتها والآثار التى تترتب عليها . وفى ذلك يقول صاحب الطرق الحكمية « إن الله سبحانه وتعالى بين بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له » (١٣٢) .

خامساً : أن العقوبة عموما فى الفقه الإسلامى ـ ولاسيما البدنية منها ـ لايتم تنفيذها على من استحقها إلا بعد التثبت من الجناية التى تستوجب العقوبة فى حقه عن أى طريق يراه القاضى موصلاً إلى الحق اليقينى والفقه الإسلامى عدد قنوات كثيرة مشروعة لذلك عكس القصور الذى يشوب الفكر الوضعى فى أكثر من موضع وابن القيم يقول فى ذلك مانصه « إن الشارع لم يقف الحكم فى حفظ الحوق البتة على شهادة ذكرين لا فى الدماء ولا فى الأموال ولا فى الفروج ولا فى الحدود بل قد حد الخلفاء الراشدون والصحابة رضى الله تعالى عنهم فى الزنا بالحبل وفى الخمر بالرائحة والقىء » (١٣٣) .

ولاتختلف القاعدة هنا عن القاعدة التى يأخذ بها الفقه الغربى فى الإثبات إلا فى بعض أمور منها على سبيل المثال ـ أثر الشهادة كوسيلة إثبات على حكم القاضى ـ ذلك أن الشهادة من منظور الفقه الجنائى الإسلامى ـ أو الفقه الإسلامى عموما إخبار صدق بإثبات

---

(١٣١) يراجع شرح فتح القدير ج ١ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ ط الحلبى ١٣٨٩ هـ والاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع كتاب الجنايات ص ١٥٢ وما بعدها ط . الأزهر ١٣٩٧ هـ .

(١٣٢) الطرق الحكمية للإمام ابن القيم ص ١٧ ط القاهرة سنة ١٩٦١ وانظر فى أصول النظام الجنائى الإسلامى د . العوا ص ٨٣ وانظر فى اجراءات الدعوى عمومًا ما أورده الماوردى الشافعى فى الأحكام السلطانية ص ٩٤ وما بعدها ط المكتبة التوفيقية .

(١٣٣) أعلام الموقعين ج ١ ص ١٠٣ ط مكتبة الكليات الأزهرية وللفقيه تفصيل واسع فى هذا الشأن يمكن الرجوع إليه وقد عقد فصلاً كاملاً فى هذا الشأن ص ٦٧ فى كتاب آخر الطرق الحكمية ط . دار الكتب العلمية ببيروت بدون تاريخ .

حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء وهى مقدمه عليه لأن القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمه للمقصود على الوسيلة (١٣٤) وطبقا لذلك فإن الشهود هم الذين يملون الحكم على القاضى بحيث لاينفك حكمه عن مضمون ماأورده الشهود العدول وفى ذلك يقول المفكر ابن فرحون « وحكمها ـ أى الشهادة ـ وجوب الحكم على القاضى بما تقضيه الشهاده » (١٣٥) وليس ابن فرحون بدعا فى هذا القول منفردا بل إن قراءة الفكر الإسلامى تؤكد الاتفاق التام على ذلك ـ حيث إن القول بغير ذلك يتضارب وأصول الأحكام فى الشرع الإسلامى ومرجع ذلك أن الشهادة نوع من الولاية تُفرض على القاضى وفى ذلك يقول علاء الدين الكاسانى « وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضى لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضاء بالحق » (١٣٦) وأكثر من ذلك فإن هذه الولاية تمتد وتتسع وتقوى لدرجة أن فقيها كابن المواز يقول « إذا شهد العدول عند القاضى بشىء يعلم القاضى أن الذى شهدوا به باطلا فلا يجوز له رد شهادتهم وينفذ شهادتهم بعد الانتظار اليسير واستحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهادتهم فلعله ينكشف لهم بقوله ماوراء ذلك فإن لم يكن فيحكم بشهادتهم ـ إلا أن ابن الماجشون ـ ونحن نتفق معه تماما ـ يرى أنه لاينبغى للقاضى أن يمضى باطلاً يعلمه ، ولا يبطل الشهادة ولكن يرفعها إلى غيره ويشهد القاضى بما يعلمه فى ذلك (١٣٧) وهكذا نجد القاضى الإسلامى مقيدا بولاية الشهود عليه بما يتفق ومجريات العدالة تماماً لدرجة أن يتحول من قاض إلى شاهد إذا استلزم الأمر ذلك بينما الأمر فى الفقه الجنائى الوضعى مختلف تماما فى أثر الشهادة على حكم القاضى ولا يقال إن ذلك لون من ألوان المرونة القضائية لأن الشهادة لا تقبل إلا من عدل فكيف ترد أو يعدل عنها .

---

(١٣٤) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٢٠٦ ط دار المعرفة بيروت وفى العبارة إشارة إلى بحث القضاء قبل الشهادة .

(١٣٥) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام ج ١ ص ٢٢٤ ط . دار الكتب العلمية بيروت مصورة عن ط . مصر ١٣٠١ هـ .

(١٣٦) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٨٢ دار الكتاب العربى بيروت ١٤٠٢ هـ .

(١٣٧) تبصرة الحكام المصدر السابق .

المطلب السادس
« مقارنة ومقابلة »
المبحث الأول

مثال تطبيقي :

نعقد هذه المقارنة والمقابلة لعدد من المسائل المذكورة ضمن الفقهين الإسلامي والوضعي مع مراعاة أمرين :

أولها : أن هذه المسائل لها خاصية التميز التشريعي بمعنى أن أثرها مباشر على أفراد الجماعة المخاطبة بالتشريع إيجابا وسلبا بشكل أكثر من غيرها عسى أن يتنبه أهل السلطة إلى ذلك فيميل ميزانهم التشريعي إلى إتخاذ إجراءات للعمل بالأحسن والأنفع بعد رؤية وتروّ .

ثانيها : أن هذه المقابلة تقوم على خلاف الأصل حيث يجب أن لا يوازن بين شرع الله وشرع عباده ـ لكن ـ للضرورة أحكام كما يقولون ـ ومن هنا كانت سطور هذا البحث كله . ولعل بدء هذه المناظرة بعلاج موجز لجريمة الزنا ذات الطابع المستفز لنفوس الناس يكون أوقع والملاحظ أن أمر هذه الجريمة فى الفقه الإسلامى يختلف من كافة الزوايا عن الفكر الوضعى فى جملته فى مصر أو فى غيرها(١٣٨) .

فجريمة الزنا مثلا فى هذا الفكر وسائل اثباتها محددة خالية من شهادة الشهود وحيث أسقط هذا التشريع شهادة الشهود فى جريمة يعاقب على ارتكابها الفقه الإسلامى بعقوبة بدنية تلقّى إعتراضاً كبيراً من قبل البعض « الرجم » وقد حدد قانون العقوبات المصرى فى مادته ٢٧٦ الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنى بأحد أربعة وهى :

١ ـ الاعتراف من قبل الجانى .
٢ ـ القبض عليه متلبسا بالفعل .
٣ ـ وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه .
٤ ـ وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم .

وهذه الأدلة الأربعة التى أوردها القانون كقيود تحدد طرق إثبات الجريمة خاصة

---

(١٣٨) انظر سلطة القاضى فى تطبيق العقوبات شرح قانون العقوبات د . محمود مصطفى ص ٤٤٧ ط سنة ١٩٥٥ دار النيل .

بالرجل فقط المتهم بالزنى أما المرأة الشريكة فجميع الأدلة تقبل ضدها ولوكانت خارج هذا النطاق ـ ولنفترض مثلا أن عددا من الناس شاهدوا شخصا فى مكان ما وليكن فندقا مثلا يزنى بامرأة ولم يقبض عليه حين التلبس كما أنه لم يعترف أمام السلطات المختصة بجريمته ولم توجد لديه مكاتيب أو أوراق تشير إلى مايؤكد جريمته كما أنه لم يكن موجودا فى منزل مسلم فى المكان المخصص للحريم ـ فإن شهادة هذا الجمع من الناس على افتراض عدالتهم لاتقوى على اثبات هذه الجريمة مع إحاطتها بشروط مشددة فى الشريعة الإسلامية قال تعالى فى سورة النور : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلده » .

وقال تعالى فى سورة النساء : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقال أيضا فى سورة النور : « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء »[١٣٩] .

وهكذا نجد أن الفقه الوضعى قد فصل عرى المسألة وقطع الصلة بين الشهادة كأداة إثبات والعقوبة فى جريمة ينظر إليها الفكر الإسلامى وبحق على أنها من أبشع الجرائم بينما الفكر الوضعى كل جريمة زنى لايعاقب عليها مع ثبوتها لأن الجريمة لاتقع إلا إذا كان أحد الطرفين زوجا ـ والأصل المفترض فى كل تشريع .. عموم نفعه وصلابة حده فى أى اعتداء يقع على الفرد أو الجماعة وهكذا يمكن القول إن القراءة الفاحصة للفكر الإسلامى فى هذه المسألة تؤكد أن الإسلام فى تشريعاته أكثر نفعا وأعم إفادة وأصلب عودا وأن

---

(١٣٩) قال فى الهداية والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد فى الستر والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوق عن الهتك والستر أفضل ولا تعارض مع قوله تعالى : «ولا تكتموا الشهادة» لأنها نزلت فى المداينة فى حقوق العباد لا فى الحدود والزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره . تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٢٠٨ بتصرف يسير ـ كما أن الرأى الراجح فقها وقضاء أن يتم التحرى عن الشهود سرًا وعلانية وأن الفاسق لا تقبل شهادته حتى ولو تاب ما لم تمض مدة كافية تؤكد عدالته وأن عددهم فى حد الزنا لا يقل عن أربعة وقد حد عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه الثلاثة الذين شهدوا على سيدنا المغيرة بن شعبة رضى الله عنه ولوكان الزنا يثبت بما دون هذا العدد لما وجب عليهم الحد انظر «البدائع ج ٦ ص ٢٧٢ وما بعدها وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٠٨ وما بعدها ويراجع بتفصيل أدق وأوسع القسم الثانى «فى أنواع البينات» باب القضاء بأربعة شهود تبصرة الحكام ج ١ ص ٢١١ ـ وعلى أى حال فإن ما يثلج الصدر أن رجال القضاء بدأوا حين اصدار أحكامهم فى هذا الشأن يدركون مدى حاجة المجتمع إلى تطبيق نصوص الشريعة الإسلامية وقد نشرت جريدة الأهرام فى يوم الجمعة ١٩٨٧/٤/٢٥ خبرًا عنوانه سنة حبس لموظف كبير إستدرج سيدة لسهرة حمراء وجاء فى الخبر أن المحكمة طالبت بالإسراع فى تعديل القانون الوضعى لتجريم ممارسة الفحشاء بالرضا ومعاقبة الرجل والمرأة معًا وأهابت المحكمة فى حكم أصدره رئيسها عبد الرزاق أحمد بالمشرع المصرى إلغاء القيد الوارد على تحريك الدعوى العمومية بشأن جريمة الزنا التى تستلزم تقديم شكوى من الزوج ضد زوجته أو العكس لأن هذه الجريمة تمس أمن المجتمع وسلامته وسمعته ـ وذكرت المحكمة أن التعديل المقترح للقانون ينبغى أن يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التى هى مصدر رئيسى للدستور .

الذين لايرون فى الإسلام إلا وجهه العقابى فقط ـ نظرهم خاطئ ولايترجم جوهره [١٤٠]
وآية ذلك أن عقوبة جريمة الزنا جعلها القانون الحبس بحيث لايتجاوز ستة أشهر للزوج وسنتين للزوجة ونصت المادة ٢٧٥ على عقاب شريك الزوجة الزانية بنفس عقوبة الزوجة أما شريكة الزوج الزانى فلم ينص القانونى على عقابها مما جعل بعض .. الشراح يقولون : « إن القانون إذا عاقب بنص خاص شريك الزوجة الزانية ولم ينص على عقاب شريكة الزوج الزانى قد أفاد أنه لايرى فى هذا المقام الرجوع إلى القواعد العامة فى الاشتراك [١٤١]
وهذا يعنى إسقاط العقوبة على شريكة الزوج الزانى وإن كان الراجح فقها وقضاء فى مصر أن الشريكة تعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة الزوج طبقا للقواعد العامة فى الإشتراك [١٤٢] .
كما أن القانون نص فى مادته ١/٢٦٧ ، ٢ لعلاج جريمة اغتصاب الأنثى على معاقبة الجانى بالأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبده فى حالة الظروف المشددة مثل كون الجانى من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها [١٤٣] .

والأمر الجدير بالاهتمام مانصت عليه م ٢٩٠ والتى تفيد فى مضمونها أن كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة ومع ذلك يحكم عليه بالاعدام إذا اقترن بهذا الفعل جناية مواقعة المخطوفة بغير رضاها على أن يعفى الخاطف من العقوبة إذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعيا م ٢٩١ [١٤٤] .

---

(١٤٠) للفكر الوضعى فى جريمة الزنا أفكار متباعدة تمامًا عن الشريعة الإسلامية ومنها أن زنا الزوج الرجل لا يجرّم إلا إذا كان فى منزل الزوجية كما أن تحريك الدعوى جنائيًا لا يتم إلا بناء على شكوى من أحد الزوجين ضد الآخر ـ كذلك لا يمكن للزوج أن يشكو زوجته إذا زنت وثبتت جريمتها إذا كان هذا الزوج قد ثبتت عليه جريمة الزنا كذلك التفرقة بين الحد الأقصى فى حبس الزوجين فهى بالنسبة للزوج لا تتجاوز ستة أشهر وللزوجة لا تتجاوز سنتين انظر المواد ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٧ .

(١٤١) أحكام جرائم العرض الأستاذ ابراهيم صبرى ط . دار مصر للطباعة ص ٣٥ .

(١٤٢) يراجع فى ذلك ما كتبه د . محمود محمود مصطفى وغيره من أساتذة وشراح قانون العقوبات وخاصة بحث أستاذنا / نجيب حسنى القصد الجنائى مجلة القانون والاقتصاد س ٢٨ ص ١٢٨ وما بعدها والوسيط فى قانون العقوبات د . أحمد فتحى سرور ص ٦٠٥ وما بعدها مصر سنة ١٩٧٩ م .

(١٤٣) انظر أمثلة كثيرة لجريمة اغتصاب الأنثى فى نقض ١٩٦١/١/٣٠ س ١٢ رقم ٢٥ ص ١٥٦ ونقض ١٩٥٦/١٠/٢٩ مجموعة أحكام س ٧ رقم ٢٩٨ ص ١٠٧٩ ونقض ١٩٢٣/١١/٦ المحاماة س٣ رقم ٣٢٥ ص ٣٩١ ونقض ١٩٤٣/١/١١ مجموعة القواعد ج ٦ رقم ٧٤ ص ٩٩ ونقض ١٩٣٣/٣/٣٠ المحاماة س١٣ رقم ٥٩ ونقض ١٩٣١/١١/١٦ و ١٩٥٢/٣/٣١ ج ١ رقم ٧ ، ٨ ص ٥٤٧ مجموعة القواعد وغير ذلك .

(١٤٤) فى أكتوبر سنة ١٩٨٠ صدر قانون باستبدال مواد جديدة فى قانون العقوبات المصرى بالمواد من ٢٨٨ ـ ٢٩٠ الواردة فى الباب ٥ من الكتاب ٣ ـ وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ـ ما يعد مؤشرًا لانقياد الفكر الوضعى إلى الفطرة السليمة ـ حيث نص فيها على أن التطبيق العملى لنصوص المواد المذكورة قد كشف عن عدم

« تحليـل وتـرجيـح »

وإذا جاز التعليق على المادة ٢٩١ من قانون العقوبات المصرى ـ فإن لنا عليها مايلى :

(أ) لم تبين المادة التشريعية على وجه الدقة متى تم زواج الخاطف بمن وقع عليها جناية الخطف هل قبل مواقعتها أم بعد المواقعة ـ بعد أن أفصحت عن شرعية الزواج القائم بين الطرفين كشرط لإعفاء الخاطف من العقوبة ـ ذلك أن الأمر من منظور الشريعة الإسلامية أن الوقاع قبل الزواج وبعد الخطف ـ إن حدث ـ فهو جريمة زنا لاريب فيها يطبق على مرتكبيها الحد إن رضيت المخطوفة بالمواقعة دون إكراه ملجئ من الخاطف أو على الجانى فقط عند وقوع الإكراه منه حيث لايتصور من طبيعة الوقائع أن يكون الإكراه على الفاحشة من المخطوفة .

(ب) وفيما يتعلق بعقد الزواج فى هذه الحالة ـ ماحكمه ؟؟ ـ وهل هو عقد اكتملت أركانه من إيجاب وقبول وغير ذلك وهل استوفى شروطه ؟ وهل هو عقد صحيح أم غير صحيح نافذاً أم موقوفاً لازماً أم غير لازم مؤقتا أم متعه [١٤٥] وهل طرفا العقد يملكان أهلية التعاقد ؟ هذا كله على افتراض أن المخطوفة ليست من المحرمات على الجانى مؤبداً أو مؤقتاً . غير أنه يمكن القول إنه يجب أن يحمد للمشرع الوضعى تجريمه لإحدى صور الزنى بعقوبة الإعدام .

وفى ذلك تقدم كبير واتجاه محمود .

(جـ) إن فى تطبيق عقوبة الإعدام على مرتكبى الفاحشة فى إحدى سلوكياتها التى حددها المشرع الوضعى خطوة إلى الأمام يجب أن تتبعها خطوات لاتسىء إلى المحافظة على

التناسب بين الجرائم والعقوبات الواردة بها وعن عدم كفاية هذه العقوبات لتحقيق الردع كهدف تتوخاه السياسة العقابية لاسيا فى حالة إقتران جريمة الخطف للأنثى بجناية مواقعتها بغير رضاها ومن ثم رؤى وبعد استطلاع دار الإفتاء فى الرأى وضع عقوبة الإعدام لإحدى جرائم هذا الباب وتعديل النصوص المشار إليها لتشديد العقوبة فيها بالتنسيق بينهما بقدر ما استلزمه هذا التشديد والملاحظ أن هناك شبه تطابق بين المادة ٢٩١ من قانون العقوبات المصرى والمادة ٣٥٦ من قانون العقوبات الفرنسى من حيث المضمون .

(١٤٥) يفرق بعض الفقهاء بين الزواج المؤقت وزواج المتعة بما يلى ـ أن الثانى عقد لايراد به الاستقرار وطلب الذرية وغير هذا أو ذاك مما يقصد من عقد الزواج المعروف حيث لا يراد به إلا المتعة فترة معينة من الزمن تذكر فى العقد أم غير معينة وبالتالى يستمر العقد فى سريانه حتى ينصرف الرجل عن المرأة متى يريد وهو عقد باطل واضح البطلان كما أنه مؤقت بلا ريب وإن كان لا يشترط فيه ما يشترط فى عقد الزواج المؤقت من تعيين المدة وحضور الشهود حين العقد ـ أما الأول فإن صورته أن يتزوج الرجل امرأة بشهادة شاهدين مدة عشرة أيام أو أكثر أو أقل أى مدة معينة وهو باطل أيضًا لانتفاء شرط من شروط صحة العقد وهو التأبيد ليتحقق من الزواج أهدافه وغاياته ـ والإمام زفر من مفكرى

هوية المجتمع الإسلامي وكيانه ذلك أن المهمة الأولى للحاكم وكل السلطات المعاونة له فى الدولة الإسلامية هى المحافظة على أرواح الناس وتحاشى إيقاعهم فى التهلكة وبقاء التشريعات التى تعالج جريمة الزنا على ماهى عليه الآن أمر لامصلحة للناس فيه إلبته وفيه هلكه لهم وفى ذلك يقول الماوردى مانصه « وأما المعاملات المنكرة كالزنا والبيوع الفاسدة وما منع الشرع منه مع تراضى المتعاقدين به إذا كان متفقاً على حظره فعلى والى الحسبة إنكاره والمنع منه والزجر عليه »(١٤٦) .

(د) إن جريمة الزنا إذا ثبتت فى الشريعة الإسلامية فإن العقوبة تختلف حسب حالة أطراف الجريمة من حيث الإحصان من عدمه(١٤٧) وهذا يعنى أن الفكر الإسلامي وضع مرئيات دقيقة وعادلة للعلاقة بين الجريمة والحالة الاجتماعية ـ وتتضح معالم أبعاد هذه الصلة فى العقوبات البدنية على وجه الخصوص فمثلاً عقوبة السرقة فى الإسلام جزء لايتجزأ من الكفاية والعدل اللذين يوجبهما الإسلام لذلك اعتبر علماء المسلمين الحاجة شبه مسقطة لحد السرقة على أساس أن الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة ، فإذا سرق المحتاج مايأكله فلا قطع عليه(١٤٨) بل إن الفكر الإسلامي يطالب الناس بالثورة لتعديل هذه الأمور فالمأثور عن الإمام على بن أبى طالب ـ رضى الله عنه ـ قوله : « عجبت لمن لم يجد القوت فى بيته كيف لايخرج على الناس شاهراً سيفه »(١٤٩) .

وبالمقابل فإن الإسلام ينظر للشهوة الجنسية على أنها فطرة فى الإنسان نظم ممارستها عن طريق الزواج ، والتعدد فيه أصل عند البعض وهو عقد لاتشوبه تعقيدات دينية ولا اجتماعية وفى إطار هذا الزواج الخالى من الموانع والتعقيدات فضلاً عن إباحة ملك اليمين فرض الإسلام عقابا رادعاً حماية للنسل وصيانة للأعراض والأسر(١٥٠) ، كما أن منهج

الأحناف له رأى غريب ـ وهو إباحة هذا العقد لأنه عقد تم بلفظ الزواج ونحوه وبشهادة الشهود ولكن اقترن به شرط فاسد فيصح العقد ويلغى الشرط والصحيح إن شاء الله هو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه ببطلانه لأنه جاء فيه ما يفيد معنى المتعة والعبرة فى العقود بالمعانى لا المبانى ـ يراجع بتوسع شامل هذه القضية فى فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٦ وما بعدها ط دار الكتاب العربى بيروت ١٤٠٢ هـ . وانظر أيضا شرح الزيلعى ج ٢ ص ١٢٥ ط دار المعرفة بيروت مصورة عن ط الأميرية ١٣١٣ هـ ودار المختار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٩ وما بعدها .

(١٤٦) الأحكام السلطانية ص ٢٥٣ ط الحلبى ١٣٩٣ هـ .

(١٤٧) الإحصان فى اللغة الدخول فى الحصن ومعناه فى جريمة الزنا أنه دخل حصنًا من الزنا بتوافر المانع عنه وهو حصول الوطء بنكاح صحيح فلو كان بنكاح غير صحيح لا يقوم معه احصان والذى يثبت بشهادة رجلين ويرى أستاذنا المرحوم أبو زهرة ـ وبحق ـ ضرورة استمرار النكاح الصحيح لاستمرار صفة الإحصان .

(١٤٨) المغنى ج ٨ ص ٢٥٨ وكشاف القناع ج ٤ ص ٨٣ والمحلى ج ١١ ص ٣٤٣ مسألة رقم ٢٢٧٧ .

(١٤٩) العقوبة الشرعية وموقعها من النظام الاجتماعى الإسلامى للسيد صادق المهدى ص ١٦٩ .

(١٥٠) يرتبط الحكم التكليفى فى الاسلام بالتيسير وعدم الحرج «لا يكلف الله نفسًا إلا وسعها وآية ذلك أن

الإسلام فى تنفيذ العقوبة مناطه الستر على الناس وعدم تصيد الأخطاء لهم ، فلقد ثبت أن رجلاً من أسلم جاء إلى أبى بكر الصديق فقال له : إن الآخر قد زنى ، فقال له أبو بكر : ـ هل ذكرت ذلك لأحد غيرى ؟ ـ فقال لا . فقال أبو بكر له : فتب إلى الله واستتر يستر الله عليك فإن الله يقبل التوبة عن عباده ، فلم تقرره نفسه حتى جاء إلى عمر بن الخطاب فقال له مثل ماقال لأبى بكر فقال له عمر : مثل ماقال له أبو بكر ، فلم تقرره نفسه حتى أتى إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقص عليه خبره .... فأعرض عنه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ثلاث مرات حتى إذا أكثر عليه بعث رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى أهله : اجنه يشتكى أبه جنون ؟.

فقالوا يارسول الله إنه لصحيح فقال له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : أبكر أم ثيب ؟ فقالوا : بل ثيب يارسول الله فأمر به رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فرجم[١٥١] .

وإذا كان منهج الإسلام ـ وكما سبق فى تنفيذ عقوبة الزنا الستر على الناس وعدم تصيد الأخطاء لهم ، فإنه إلى جانب ذلك يدرأ العقوبة بالشبهة ـ أى بشبهة كانت لدرجة جعلت بعض مفكرى الإسلام وأقطابه العلماء يفردون أبواباً فى مؤلفاتهم للوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه[١٥٢] ثم أن الإسلام ليس بدعاً فى عقوبة الرجم فلقد ثبت النص عليها فى التوراة ولم يكن فى الإنجيل مايعارضها ، ومن ثم كانت واجبة على النصارى تطبيقاً كما

الصحابة رضوان الله عليهم عندما كانوا فى ظروف تعذر معها الزواج أباح لهم النبى صلى الله عليه وسلم زواج المتعة لكيلا يدفع الحرج الناس إلى العصيان كما أن هناك نصوصا كثيرة ترسم منهجية الاسلام ونظره إلى النكاح من حيث الترغيب فيه ومن حيث سلوك الطريق لصيانة الأعراض والعفاف . انظر كتاب النكاح للبخارى ج ٦ ص ١١٦ وما بعدها على وجه الخصوص باب تزويج المعسر الذى معه القرآن والإسلام ط المكتبة الاسلامية تركيا سنة ١٩٨١ .

(١٥١) انظر أقضية رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لأبى عبد الله محمد بن فرج المالكى القرطبى ٤٠٤ ـ ٤٩٧ هـ ط دار الوعى حلب ١٤٠٢ هـ كما يراجع كتب الحديث الأخرى مثل صحيح البخارى فى كتاب الحدود ج ٨ ص ١٣ وما بعدها ط تركيا ١٩٨١ .

(١٥٢) انظر على سبيل المثال ما كتبه كمال الدين بن الهمام الحنفى شرح فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٦ ط الحلبى ١٣٨٩ هـ وسيرى القارئ اسقاطا لكل تدبير غايته عقوبة الزانى لأدنى شبهة يمكن التعويل عليها وليس الكمال بن الهمام وحده فى ذلك الأمر بل إنه أمر متفق عليه فقهاً وقضاءً فى الشريعة الاسلامية انظر ما يثار فى شبهة اثبات الجريمة من آراء فقهية وصدق سيدى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ القائل «أيها الناس من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات فاستتر فهو فى ستر الله ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد» .

وقوله «إدرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله» فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة «وقوله لما علم بالذى حرض ماعز الأسلمى على الإقرار قائلاً له ـ لو سترته بثيابك لكان خيراً لك» وانظر أيضًا زاد المحتاج بشرح المنهاج للكوهجى ج ٤ ص ١٩٩ وما بعدها ط الشئون الدينية بقطر ط بدون تاريخ .

وجبت على اليهود قبلهم بحكم أن مافى العهد القديم « التوراة » حجة على النصارى إذا لم يكن فى العهد الجديد « والإنجيل » مايخالفه .

قال تعالى : « وكيف يُحكِّمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله ثم يتولون من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين »[١٥٣] .

المبحث الثانى

« التمييز الطبقى فى الجريمة والعقاب[١٥٤] »

١ ـ موقف الفكر الوضعى :

لاشك أن ظاهرة التمييز الطبقى فى الجريمة والعقاب عرفها وطبقها الفكر العقابى الوضعى فى كثير من مراحله المتعاقبة بدءاً من انقسام المجتمع إلى سادة وعبيد فى مرحلة الزراعة وما تلاها وانعكاس هذا التناقض على الجريمة والعقاب وإقرار أهل التشريع وفلاسفته هذا التمييز بما فيهم أفلاطون وأرسطو جعله أمراً واقعاً انتهى ببقايا تشريعية حتى

---

(١٥٣) المائدة آية ٤٣ انظر ماكتبه القرطبى فى الجامع لأحكام القرآن ج ٦ ص ١٨٨ تعليقًا على النص ط دار الفكر مصوره عن ط الأميرية مصر بدون تاريخ وانظر حكم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ على اليهود بالرجم فى الزنا أقضيه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لأبى عبد الله القرطبى ص ٢٣ وأنظر ما أورده البخارى ومسلم وما أورده النسائى عن عبد الله بن العباس فى هذا الشأن ، كما أن النص على الرجم فى سفر التثنية ما يلى «إذا وجد رجل مضطجعاً مع امرأة زوجه بعل يقتل الاثنان الرجل المضطجع مع المرأة والمرأة فينزع الشر من إسرائيل ونص آخر هو «وإذا كانت فتاة عذراء مخطوبة لرجل فوجد رجل بالمدينة فاضطجع معها فأخرجوهما كليهما من المدينة وارجموهما بالحجارة حتى تموت الفتاة من أجل أنها لم تصرخ فى المدينة ، والرجل من أجل أنه أذل امرأة صاحبة فينزع الشر من المدينة . انظر ماكتبه شيخنا أبو زهرة الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى .

(١٥٤) التفريق بين طبقات الناس هو الأصل فى النظام الاجتماعى وفى النظام السياسى حينما جاء الإسلام وعلى مقربة من أرضه كانت شريعة روما المطبقة وقت بعثه المصطفى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى بلاد الشام حيث قسم الناس فيها إلى أحرار وغير أحرار ، وهؤلاء الأحرار كانوا أيضًا طبقتين الأحرار الأصلاء وهم الرومانيون وغير الأصلاء وهم اللاتين أما غير الأحرار فكانوا أربعة أنواع : الأرقاء والمعتقون وأنصاف الأحرار ، والأقنان التابعون للأرض ـ انظر الحقوق الرومانية لمعروف الدواليبى ص ٤٦٤ وفلسفة التاريخ العقابى لثروت أنيس الأسيوطى بحث منشور فى مجلة مصر المعاصرة ص ٢٤٣ وما بعدها ولا يغيبن عن البال أن جزيرة العرب التى ظهرت فيها رسالة الإسلام كان الرق فيها أصلاً من أصول الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية وظهر مصطلح مولى العتاقة ومولى التباعة وغير ذلك انظر للكاتب مؤلف دراسات فى علم الفرائض والوصية ص ٧٦ وما بعدها .

اليوم تخص فئة تتميز بالتفوق الاجتماعى فيمنحون خصائص وتسهيلات تصبغ بصبغة الشرعية والدستورية وهى فى ذاتها خنجر مسموم فى قلب قاعدة المساواة .

وفى كافة المجتمعات القديمة ,وحتى عصر نهضة الأوربيين عرف نظام الرق وقرر العقاب على من يقتل عبد الغير ـ وهو عقاب لايتفق والجريمة فى أكثره . أما من يعتدى على عبده المملوك له فلا شىء ؛ لأن له أن يتصرف فيه كيفما يشاء يبيعه يزنى فيه يقتله لكن عليه أن يحمى هذا المال من اعتداء الغير .

كما أن التفرقة فى قدر العقوبة كانت تبنى على أساس مركز الجانى والمجنى عليه فتغلظ العقوبة إذا اعتدى العبد على الحر ، وتخفف إذا اعتدى الحر على العبد ، فالسارق المتلبس إذا كان حراً يفقد حريته ، وإذا كان عبداً يفقد الحياة ، ويتولى مالك المال بنفسه تنفيذ حكم الإعدام به وقبل الإعدام لابد من عقوبة بدنية موجعه بأن يصلى العبد بالسياط من قبل المالك أو من يوكله ، ثم يلقى بالعبد من فوق الصخور .

وفى الهند البراهمانية اختلفت العقوبة البدنية وفقاً لمركز المجنى عليه فإذا اعتدى منبوذ من السودرا على امرأة من البراهمة عوقب بالخصى ثم الإعدام ، أما الكاهن البراهمى فله أن يغتصب من يشاء من نساء السودرا دون جزاء ، والأمر فى إقطاع القرون الوسطى لم يكن بأحسن حال حيث اصطبغ قانون العقوبات بهذه الصبغة الطبقية وكذلك الحال فى عصر ملوك الحق الإلهى حيث تركز قانون العقوبات لدى ملوك الحق الإلهى فى محاور ثلاثة : فجرائم الذات الإلهية لنصرة الدين والله تدعيماً لمركز الملك محور أول وأساسى ، ثم جرائم المال والملكية لحفظ شخص الملك وحماية حكومته وإدارته محور ثانى ، ثم جرائم الأشخاص والأموال لصيانة الأرواح والأملاك ومن ورائها طبقة الملاك محور ثالث ، وأخيرا وبعد ثورة فرنسا التى غنى لها الكثيرون ، ودقوا لها طبول التأييد غلظت العقوبة البدنية بالنسبة إلى الطبقات الكادحة إمعاناً فى قهر الضعفاء والفقراء ، فالسرقة البسيطة إذا ارتكبها أى إنسان اعتبرت جنحة عقوبتها الحبس إلى خمس سنوات ، أما إذا صدرت من الطبقة العاملة مثل خدم المنازل والعمال الأجراء أمست خيانة عقوبتها السجن إلى عشر سنوات ، ومن ثم إذا اختلست الخادمة لقمة خبز من سيدها جاز أن يلقى بها عشر سنوات فى غياهب السجون حتى تتعلم أن الموت جوعاً أفضل من التطلع إلى الفتات المتساقط من موائد السادة [١٥٥] .

---

(١٥٥) انظر تفصيل عام وشامل لهذه المسائل فى البيئة والمجتمع «محمد السيد غلاب» ط ثانية ١٩٦٣ ص ١١٦ وما بعدها وفلسفة التاريخ العقابى د / ثروت أنيس الأسيوطى ٢٥٣ وما بعدها والموافقات ج ٢ ص ٦ ، ويرى البعض أن الفقه الوضعى عرف المصلحة كأساس للتشريع العقابى الحديث أواخر القرن الماضى ، والفضل فى ذيوع هذه الفكرة يرجع إلى الفقيه الألمانى «فون ليث Vonliszt » حيث استقرأ تاريخ العقوبة ، ثم أفاد بأن العقوبة البدائية حركة

٢ ـ موقف الشريعة الإسلامية :

يقول الإمام الشاطبى فى موافقاته والمتوفى ٧٩٠هـ إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معاً ، كما أننا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراءً لا ينازع » .

وهذا يعنى أنّ هرم العقوبات معكوس إن صح التعبير فى ظل الشريعة الإسلامية بمعنى أن الفكر الوضعى وإن تضمن مساواة الناس جميعا أمام القانون إلا أن هناك قنوات شرعية فيه لانفلات طبقة أو طبقات خاصة من وطأة عقوبة تتميز بالتفوق الاجتماعى ، ونرى ذلك واضحاً فى استثناء رؤساء الدول وأعضاء البرلمانات وحملة بعض الأوسمة ، أما الشريعة الإسلامية : فالحكم فيها عكس ماسبق حيث أعتبر التفوق الاجتماعى مدعاة لمضاعفة العقوبة والعكس مدعاة لتخفيف العقوبة ، وهذا وضع يناقض كل العهود فى النظم القانونية الوضعية ، وللدلالة على حجة هذا القول نقرأ قول ربنا سبحانه وتعالى : « يانساء النبى من يأتِ منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وكان ذلك على الله يسيراً »(١٥٦) .

وتعليقا على هذا النص قال مسروق : إن نساء النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ يحدون حدين : ورد عليه ابن العربى [بقوله : يامسروق لقد كنت فى غنى عن هذا فإن نساء النبى لا يأتين أبدا فاحشة توجب حدا ، ولذلك قال ابن عباس : مابغت امرأة نبى قط وإنما خانت فى الإيمان والطاعة وهذا قول حق وصدق] .

ويقول ابن العربى مايلى تعليقا على النص السابق :

انفعالية تدعو الفرد إلى تأكيد ذاته كلما جدت أسباب تنغص حياته فيدافع عن كيانه الشخصى ويحافظ على الجنس البشرى ، ولما تطور وضع العقاب وتركز فيا للدولة من سلطان كانت النظرة الموضوعية غير الذاتية الهادئة غير الانفعالية من ملاحظة أن الجريمة تعكير لشروط الحياة داخل المجتمع ، وبالنسبة إلى الفرد الذى يعيش فى كنفه وغداً من المستطاع تقيم شروط الحياة هذه والموازنة والمفاضلة بين بعضها والبعض وإعلانها مصالح يحميها القانون ، ومن ثم أصبحت العقوبة وسيلة لحماية المصالح ، فالقانون يوجد من أجل البشر ويهدف إلى حماية مصالحهم ، وهذا القول لا يمكن التسليم به على اطلاقه ذلك أن تأثير الشريعة الإسلامية فى موقف المجتمعات الأوربية من الجريمة والجرم أمر لا يمارى فيه إلا حاقد أو جاهل حيث قام الاتصال بين المسلمين والمجتمعات الغربية التى تتاخم حدودها البلاد الإسلامية فى الأندلس وغيرها بالإضافة إلى خضوع كثير من البلاد الغربية للحكم الإسلامى مدة طويلة ، وقد أنشأ المسلمون معاهد العلم والجامعات فى هذه البلاد فوفد إليها من الممالك الأوربية الكثير مما أدى إلى نشاط مكثف فى حركة الترجمة من العربية إلى لغات تلك الممالك مما أدى إلى صياغة الفكر الإسلامى صياغة تلبث ثوب الغرب حقداً على المسلمين الفاتحين ـ انظر قصة الحضارة ـ د.ل ديودانت ترجمة محمد بدران الإدارة الثقافية بجامعة الدول العربية ج ١ ص ٦٥ وما بعدها وفلسفة التاريخ العقابى د. ثروت الأسيوطى ص ٢٥٧ .

(١٥٦) الأحزاب آية ٣٠ .

١ ـ إن الفاحشة المقصودة فى النص تنطبق على الزنا وعلى سائر المعاصى .

٢ ـ أخبر الله تعالى أن من جاء من نساء النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ بفاحشة يضاعف لها العذاب ضعفين لشرف منزلتهن وفضل درجتهن وتقدمهن على سائر النساء أجمع .

٣ ـ ثبت فى الشريعة أنه كلما تضاعفت الحرمات فهتكت تضاعفت العقوبات ولذلك ضوعف حد الحر على حد العبد ، والثيب على البكر لزيادة الفضل والشرف فيهما (١٥٧) .

وإتماماً للفائدة يمكن القول إن الشريعة جعلت عقوبة الفئة الأضعف اجتماعياً على النصف من عقوبة الآخرين وليس فى هذا مايعيب الشريعة ذلك أن من وجد الفرص الأفضل من رعاية وكسب وعناية ينبغى عليه أن يكون أحرص على الطاعة وتجنب المعصية وهذا فى ذاته تحقيق للعدالة الاجتماعية كقاعدة سليمة للمساواة أمام القانون خاصة بعد أن سد الإسلام أبواب الإباحية الخبيثة ووضع التدابير اللازمة لمنع الفواحش فى المجتمع الإسلامى وبين الوجه الصحيح للعلاقة بين الزوجين حتى تكون استجابة صحيحة وسليمة للفطرة الحيوانية فى الإنسان ومقضياتها ، وللفطرة الإنسانية فيه ومقضياتها أو بتعبير الكمال بن الهمام « لأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصاً للعقوبة ؛ لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ » .

(١٥٧) انظر أحكام القرآن للقاضى ابن العربى ج ٢ ص ٩٢٤ وما بعدها و ج ٣ ص ١٥٣٤ ط دار المعرفة بيروت تحقيق على محمد البجاوى بدون تاريخ وانظر ما ذكره صاحب زاد المحتاج بشرح المنهاج حيث فسر صفة الإحصان فى جريمة الزنا بالإسلام والبلوغ والعقل والحرية ... إلخ ج ٤ ص ٢٠٣ كما أن التكليف هو شرط لعقوبة الزنا يعنى الحرية بل إن الإمام مالك ـ رضى الله عنه ـ يرى أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى الحر دون العبد ويجعل الإمام أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالاً ونساء . انظر التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام ص ٦٣٩ ولزيادة التفصيل فى هذه القضية بكل وقائعها وجوانبها المتعددة يراجع مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٦ والمغنى ج ٩ ص ٢٤٨ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥ وغير ذلك كثير والكمال بن الهمام يقول فى هذا وإحصان الرجل أن يكون حرًا عاملاً بالغًا مسلمًا قد تزوج امرأة نكاحًا صحيحًا ودخل بها وهما على صفة الإحصان شرح فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٦ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

المبحث الثالث
« ربط العقوبة بفن المعرفة والاصلاح »

ترتبط العقوبة فى الفقه الإسلامى بما يناسبها تماماً من الأفعال المجرمة فمثلاً جريمة الزنا من منظور الشريعة الإسلامية مع عقوبتها المنصوص عليها تؤكد دقة الشريعة الإسلامية فى تعقب الحالة الشخصية للإنسان تلك الحالة التى يقف القانون الوضعى على عتبتها ولا يتغلغل فيها(١٥٨) ذلكم . أن الإسلام حين جعل الجلد أو الرجم عقوبة لجريمة الزنا فإنه قد حارب الجريمة فى النفس قبل أن يحاربها فى الحس وعالجها بالعلاج الوحيد الذى لايصلح غيره ـ أما عقوبة القانون : فإنها لاتمس دواعى الجريمة فى نفس المجرم ولا حسه ؛ لأن الحبس علاج قد يصلح لأية جريمة أخرى لكنه لايصلح علاجاً لجريمة الزنا والواقع العملى يشير إلى أن عقوبة الحبس تؤدى إلى اشاعة الفساد والفاحشة وأكثر الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لاتصرفهم عنه العقوبة وإنما يمسكهم عنه الدين وفضائله العامة(١٥٩) وهو معنى يخفى على كثير من المتعرضين بالنقد لهذه العقوبة بل إن قوله تعالى فى أول سورة النور [وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين] فيه إشارة واضحة ترمز إلى أمرين بعد أن عبر القرآن عن العقوبة بالعذاب وهما :

١ ـ أن العقوبة على الزانى تمس النفس قبل أن تمس البدن ومن جميل ماقيل تفسيراً لهذا الجزء من النص القرآنى الكريم يؤكد صدق هذا القول ما علق به القاضى أبى السعود بقوله : « أى لتحضره زيادة فى التنكيل فإن التفضيح قد ينكل أكثر مما ينكل التعذيب »(١٦٠) .

٢ ـ عناية الإسلام بالقضية الجنائية فى جريمة الزنا حتى المراحل التنفيذية للعقاب وهذا يدل على رقى فى التفكير وفهم لغاية العقوبة وفى ذلك يقول القرطبى : « الحد الذى أوجبه الله فى الزنا ينبغى أن يقام بين أيدى الحكام ولايقيمه إلا فضلاء الناس وخيارهم يختارهم الإمام لذلك ، وكذلك كانت الصحابة تفعل كلما وقع لهم شىء من ذلك وسبب ذلك أنه قيام بقاعدة شرعية وقربه تعبدية يجب المحافظة على فعلها وقدرها ومحلها وحالها بحيث لا

---

(١٥٨) انظر الحريات العامة د / نعيم عطية محاضرات دبلوم الجنائى حقوق عين شمس ص ٨٧ ط ١٩٧٣ .

(١٥٩) التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام ص ٦٣٩ .

(١٦٠) تفسير أبى السعود مجلد ٣ ج ٦ ص ١٥٦ ط دار إحياء التراث العربى ببيروت بدون تاريخ وانظر الجامع لأحكام القرآن ج ١٢ ص ١٦٧ نسخة مصورة عن ط الأميرية فى بيروت بدون تاريخ .

يتعدى شيء من شروطها ولا أحكامها ، فإن دم المسلم وحرمته عظيمة فيجب مراعاتها بكل ما أمكن »[١٦١] .

ويحاول الفقه الوضعي الحديث أخذاً من هذا المعنى السابق فى الفقه الإسلامى إقرار فكرة مد نطاق الدعوى الجنائية ليشمل مرحلة التنفيذ العقابى ، وفى ذلك يقول الأستاذ الدكتور حسن صادق المرصفاوى[١٦٢] : « تعتبر الدعوى الجنائية استعمالاً لحق المجتمع فى مؤاخذة الجانى ومع هذا فلا يعتبر هذا الحق ملكاً لفرد معين ولا هو ملك للنيابة العامة وإنما هو حق تستعمله هذه نيابة عن المجتمع ، والحكم الذى يصدر فى الدعوى يكون لمصلحة المجتمع وتنفيذه واجب إذ لن تكون للحكم أية قيمة مالم ينته الأمر إلى تنفيذ ؛ لأن الغاية من العقاب لاتقف عند مجرد وصول المجتمع إلى تقرير حقه فى مجازاة الجانى وإنما تمتد إلى محاولة إصلاحه ومنع غيره من الاقتداء به ، ولا يتحقق هذا ما لم يكن تنفيذ الحكم يقيناً » .

وهذا القول يسير والفكر الإسلامى فى درب واحد لكن الثانى أسبق من الأول وأعمق فالزنا ليس جريمة خاصة بالأزواج فحسب وإنما هى جريمة فى حق المجتمع تهز كيانه وتقتل فيه الفضيلة فالفاحشة تدمير للكيان الذاتى لأى مجتمع تحل فيه[١٦٣] ومن ثم شرعت له عقوبة غايتها حفظ هذا المجتمع والبقاء على كيانه سليماً معافاً وإذا تحققت هذه الغاية فلا سبيل بعد ذلك من الجانى .

وسيراً مع اتساق هذه الفكرة التشريعية قال أهل الاجتهاد من رجالات الفكر الإسلامى ومنهم صاحب القواعد فى الفقه الإسلامى : ــ لو زنا من نشأ فى دار الإسلام بين المسلمين وادعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله ؛ لأن الظاهر يكذبه وإن كان الأصل علمه بذلك ، وأيضاً كان رأى الكثرة من مفكرى الإسلام على أنه لايجوز الجمع فى عقوبة الزانى المحصن بين الرجم والجلد لأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم وفى ذلك يقول الكمال بن الهمام مانصه : « لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذا هو فى العقوبة أقصاها . وزجره لايحصل بعد هلاكه »[١٦٤] .

والجلد عقوبة بدنية وصفها الشرع الإسلامى للزانى غير المحصن وقدرها بالنص القرآنى الكريم فى قوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم

---

(١٦١) المصدر السابق ج ١٢ ص ١٦٣ بتصرف يسير.

(١٦٢) الدفاع الاجتماعى ضد الجريمة عالم الفكر وزارة الاعلام بدولة الكويت مجلد ٤ عدد ٣ .

(١٦٣) انظر بحث أصل العقوبة فى الشريعة الإسلامية د/ عبد الرحيم صدقى ص ٣٨ .

(١٦٤) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٢٤١ ط الحلبى.

بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين »[١٦٥] .

وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس محاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عنها فدوافع الزنا هى إشتهاء اللذة والاستمتاع بالنشوة التى تصحبها والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم . فعقوبة الجلد دفع للعوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية تصرف عنه[١٦٦] وأهل العلم ضبطوا هذه العقوبة بضوابط غاية فى الدقة والاتقان ووضعوا معاييرًا لتنفيذها غايتها تحقق المقصود منها وضمن هذه المعايير يقول الكمال ابن الهمام : « ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدًا خفيفًا يحتمله »[١٦٧] ويسعنا القول بأن بقاء نصوص التشريعات التى تعالج جريمة الزنا فى القانون الوضعى على ما هى عليه والنظر إلى القوانين الفقهية الشرعية المنزلة من عند ربنا سبحانه وتعالى : والمأخوذة عن فعل نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقوله فى هذا الشأن بعين المرتاب غير المنصف استنادًا إلى قول بعض مغتربى الفكر بأن الشريعة الإسلامية ليس فيها سوى القطع أو الرجم أو الجلد وهذه أمور بينها وبين الحضارة بعد المشرقين وبئس القرين أمر إلى جانب كونه يحز فى النفس لا يسعفه دليل ولا تقوم له حجة علمية صحيحة .

---

(١٦٥) سورة النور آية ٣ .

(١٦٦) وعقوبة الجلد من العقوبات التى كان القانون المصرى يأخذ بها حتى عام ١٩٣٧ وكانت إحدى وسائل تأديب الأحداث ، ثم الغاها المشرع المصرى مقلدا معظم القوانين الوضعية التى ألغت هذه العقوبة وأغلب المشرعين يفكرون الآن فى العودة إلى تقرير هذه العقوبة ، وقد اقترح فى فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدى الشديد التى تقع على الأشخاص على أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات انظر بالتفصيل التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٣٧ ط ثانية ١٣٧٨ الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

(١٦٧) فتح القدير ج ٥ وقد حكى الحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى فى القواعد أنه إذا زاد الإمام سوطًا فى الحد فمات المحدود فإن المشهود أنه يغرم دية كاملة لأن المأذون فيه لا أثر له فى الضمان، وإنما الجناية ما زاد عليه فأسند بالضمان إليها . انظر القواعد ص ٣٧ ق ٢٨ ط دار المعرفة ببيروت بدون تاريخ .

المبحث الرابع
(أ) التقادم والعقوبة فى الفقه الإسلامى

من المعروف أن الجرائم من منظور الفقه الإسلامى تقسم إلى :

١ ـ جرائم حدود وهى جرائم فرض لها الشارع عقوبة محدده تجب حقاً لله ـ تعالى ـ لدفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم مثل الزنا والسرقة والقذف والسكر وقطع الطريق والردة والبغى .

٢ ـ جرائم القصاص وهى نوع من الجرائم عقوبتها تجب حقاً للفرد فى الأصل .

٣ ـ وهناك جرائم لم يقدر الشارع لها عقوبة وهى ليست حديه ولا قصاصاً وتجب فيها العقوبة غير المقدرة سواء كانت حقا لله أو حقاً لآدمى فى كل معصية لاحد فيها ولا كفارة (١٦٨) وعلماء الفقه يرون أن جرائم الحدود تمثل اعتداء على حق الجماعة « حق الله » وأن جرائم التعازير قد تقع اعتداء على حق الفرد أو على حق الجماعة ومرد ذلك اختلاف المصلحة التى من أجلها شرع العقاب ، أما جرائم الاعتداء على الأشخاص مثل القتل والضرب والجرح « القصاص » فإنها تمثل اعتداء على حق الفرد المجنى عليه (١٦٩) فالعقوبة حق لله متى استوجبها المصلحة العامة بدفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم وعلة اعتبارها من حقوق الله أن فساد هذه الجرائم يرجع إلى العامة ومنفعة عقوباتها تعود عليهم (١٧٠) ومن المعروف فى الفقه الإسلامى أن الخصومة ليست بشرط فى الحدود التى هى خالصة لله ـ تعالى ـ حيث لا يتوقف الإثبات فيها على الدعوى لأن الشاهد مدع « شهادة الحسبة » وهذه الشهادة لا تسمع إذا مضت عليها مدة معينة حيث يتعين على المدعى حسبه أو الشاهد حسبه أن يتقدم للقضاء خلال مدة معينة ـ لكن هل لمضى هذه المدة تأثير على العقوبة أو على الدعوى وتحريكها جنائياً ومايترتب على ذلك من آثار اختلف الفقهاء فى

---

(١٦٨) انظر شرح الكنز ج ٣ ص ١٦٣ وما بعدها .

(١٦٩) المصدر السابق والبدائع ج ٧ ص ٥٦ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٩ والموافقات ج ٢ ص ٣١٨ وما بعدها والتشريع الجنائى الإسلامى للشهيد عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٠٤ وما بعدها والشاطبى يعلل اشتمال الفعل على حق الله وحق العبد والغلب فيه حق الله وعلة رجوعه إلى الأول بقوله : لأن حق العبد إذا صار مطرحًا شرعيًا فهو كغير المعتبر إذ لو اعتبر لكان هو المعتبر والغرض خلافه كقتل النفس إذ ليس للعبد خيرة فى إسلام نفسه للقتل لغير ضرورة شرعية كالفتن ونحوها .

(١٧٠) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٧٨ وما بعدها والتعزير للدكتور عبد العزيز عامر هامش ص ١٣ ط دار الفكر العربى بدون تاريخ .

ذلك ، فالرأى عند الحنفية فى جرائم الحدود : أنها تسقط بالتقادم عدا حد القذف كما أنهم يفرقون بين أن يكون الإثبات بالبينة أو الإقرار ، فإن كان الإثبات بالبينة فإن الشهادة بحد بتقادم إذا لم يمنع من أدائها عذر قهرى كالمرض أو الخوف من الطريق أو البعد الشاق عن السلطة المختصة . ولا تقبل التهمة ، لأن التأخير فى أداء الشهادة لايفسر إلا بأمرين الأول : اختيار الشاهد الستر وعدوله عن هذا الاختيار يكون مظنة للأحقاد ويكون الشاهد متهما فى هذه الشهادة ، والثانى : لغير الستر وفى هذه الحالة يكون الشاهد فاسقاً آثماً ولاتقبل شهادة الفاسق(١٧١) وحد القذف يختلف عن ماسبق لأن فيه حق العبد لدفع العار عنه والتقادم غير مانع من حقوق العباد وربما كان تأخير الشهادة انعدام الدعوى والتى هى شرط فى هذه الحالة ، وإن كان الإثبات بطريق الإقرار مقدم التقادم فيه ليس بشرط ـ والمدة التى لاتسمع بعدها الشهادة عند الحنفية مفوضة إلى تقدير القاضى حسب الظروف والوقائع فى كل عصر على الرأى الراجح عندهم ، وقد نسب إلى محمد من فقهاء الحنفية وصاحب الإمام أنه قدر المدة بستة شهور وهذا لايمنع ولى الأمر أن يقدرها ملاحظاً فى تقديرها ملابسات الأحوال وأعراف الناس وشئون الزمان ـ وللحنفية تفصيل دقيق فى هذه المسألة حيث عالجوا كل جريمة من جرائم الحدود منفصلة عن الأخرى ليس هذا موضعه(١٧٢) .

أما الشافعى ومالك وأحمد ـ رضى الله عنهم ـ يرون أن مضى المدة لا أثر له فى الشهادة والإقرارات لأن الشهادة على الجريمة القديمة كالشهادة على الجريمة الحديثة لافرق بينهما وفى ذلك يقول الشيخ الشربينى الخطيب من فقهاء الشافعية مانصه : « لايشترط حياة الشهود ولاحضورهم حالة الحكم ولاقرب عهد الزنا فتقبل الشهادة به وإن تطاول الزمان »(١٧٣) .

---

(١٧١) وفى ذلك يقول علاء الدين الكاسانى عند حديثه عن بيان ما تظهر به الحدود عند القاضى : « فمنها أى الشهادة عدم التقادم وأنه شرط فى حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط فى حد القذف والفرق أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبه لله تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وبين التستر على أخيه المسلم لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته لما روى عن سيدنا عمر ـ رضى الله عنه ـ أنه قال : « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم » ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعًا فدل قول سيدنا عمر ـ رضى الله عنه ـ على أن مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وأنها غير مقبولة ، ولأن التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بخلاف حد القذف ، لأن التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة » انظر البدائع ج ٧ ص ٤٦ .

(١٧٢) راجع البدائع ج ٧ ص ٤٧ وما بعدها وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

(١٧٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٥١ وانظر المحلى لابن حزم مسألة رقم ٢١٧٥ « من شهد فى حد بعد حين » وقد نقل ابن حزم عن ابن وهب عن ربيعة أنه قال فى رجل زنى فى صباه واطلع على ذلك رهط عدول فلم يرفعوا أمره

وإذا كان أساس التقادم عند الحنفية أن الشاهد بما لشهادته من ولاية ـ إذا عاين الجريمة الحدية فهو مخير بين أمرين الشهادة أو الستر ، أما الشهادة فحسبه تؤدى رفعاً للفساد وقطعاً لدابر الرذيلة ، وأما الستر فطلوب إقالة للعثرة وإعفاء عن الزلة وعلى الشاهد الموازنة بينهما دون ابطاء ، وأصل هذه الموازنة حالة الجانى والمجنى عليه معاً فقد يكونان من أهل الريب ، ومن هنا يختار الشاهد جانب الأداء رعاية لحق الله وحرمات الناس ، وقد يكونان غير ذلك لكن هفوات النفس بقيادة الشيطان اسقطتهما فى ساعة ضعف فيكون جانب الستر وإذا كان ماسبق هو ماركن إليه الحنفية فيما ذهبوا إليه فإن باقى المذاهب الفقهية تقريباً تركن إلى مايلى :

١ ـ أن الحدود لاتسقط بالاحتمال ـ ولا يجب أن تسقط بذلك ـ إذ لو سقطت بكل احتمال لم تجب أصلاً .

٢ ـ أن ولى الأمر فى جرائم الحدود ليس من سلطانه حق العفو عن الجريمة أو العقوبة .

٣ ـ أن الشهادة على مايوجب الحد كالشهادة على غيره من حقوق العباد سواء أكانت أموالاً أم دماء وبما أن مضى المدة لايسقط العقوبة فى هذه الجرائم ويمنع سماع الشهادة فكذلك الأمر هنا .

٤ ـ أن مناط قبول الشهادة من عدمها ـ الصدق من الشاهد العدل ولا يمكن رد شهادته إلا إذ كان هناك مايؤكد القدح فى عدالته فالتأخير لايمنع سماع الشهادة العدل والشاهد نائب عن المجتمع فى أداء الشهادة كما أن ولى الأمر نائب عنه فى تنفيذ العقوبة وكلتا الأنابتان عن المجتمع متممة للأخرى ومن مصلحة الناس قبول الشهادة[١٧٤] .

وقد نقل المرحوم أستاذنا الإمام أبو زهرة مايفيد أن ابن أبى ليلى يسقط الحد بالتقادم يستوى فى ذلك أن يكون وسيلة اثباته البينة أو الإقرار على أساس أن هذه العقوبات للإنزجار والردع وترويع المجرمين وذلك ينتج أثره إبان وقوع الحد حيث التأخير يذهب بمعنى

ولبس بذلك سنين وحسنت حالته ثم نازع رجلاً فرماه بذلك وأتى على ذلك بالبينة واعترف فإنه يرجم لا يضع الحد عن أهله طول زمان ولا أن يحدث صاحب ذلك حسن هيبته ـ قال ابن وهب يريد بصباه سفهه بعد الاحتلام انظر المحلى ج ١١ ص ١٤٤ وانظر المغنى ج ١٠ ص ١٨٨ والشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٠٥ .

(١٧٤) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٢٧٨ وما بعدها ط الحلبى أولى ١٣٨٩ هـ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ ـ ٤٧ والمدونة الكبرى ج ١٥ ص ٢٨٦ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٥١ وكشاف القناع ج ٦ ص ٤٠٦ وقد أضاف الدكتور عبد العزيز عامر فى كتابه التعزير بأن هذا الرأى دفع ماروى عن عمر ـ رضى الله عنه ـ فى قوله « أيما شهود وشهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن » بأن الحسن رواه مرسلاً ومراسيل الحسن ليس بالقوية انظر ص ٥٢٥ وفلسفة العقوبة لأستاذنا الإمام محمد أبو زهرة ص ٢٥٦ وما بعدها .

الردع فيها ، ولأن المجرم مظنة أن يكون قد تاب واقراره لتطهير نفسه مظنة لتوبته ومظنة التوبة ذاتها تجعل العقاب قد صادف نفساً طهرت من الذنوب وتابت إلى الله توبة نصوحاً .

(ب) التكييف الفقهى للتقادم فى الشريعة الإسلامية

أولاً : خلاصة مايمكن قوله هنا مجملاً وطبقاً لما سبق عرضه أن الفقه الإسلامى فى مسألة التقادم فى الحدود فيه إتجاهان : وهما الأول : يرى أن الحدود تسقط بالتقادم . بمعنى أن الدعوى الجنائية لاتنقضى فى جرائم الحدود بسبب مضى المدة وإنما يقضى فيها بالبراءة بسبب خلوها من الأدلة ويعتبر فى حكم عدم توافر الدليل ، عدم سماع الشهادة فى خلال مدة معينة فمضى المدة تأثيره مباشر على الدليل وغير مباشر على الدعوى .

الثانى : يرى أن الحدود لاتسقط بالتقادم.وذلك يعنى أن الدعوى الجنائية فيها لاتنقضى بسبب مضى المدة كما وأن اجراءات القضاء فيها بالبراءة متوقفة حتى يرد من الأدلة مايؤيد البراءة أو عكسها فسلطة الدولة فى العقاب هنا لاتنقضى كما أنها لاتنقضى فى الاتجاه الأول أيضاً لأن مضى المدة لا يؤثر إلا فى الدليل والفرق أن سلطة الدولة فى الاتجاه الأول قد انقطعت عندما قضى فى الدعوى بالبراءة بسبب خلوها من الأدلة بينما هى فى الاتجاه الثانى قائمة مستمرة إلى أن يرد مايؤكد البراءة أو ينفيها(١٧٥) كما أن جواز تعزير الجانى أمر وارد حفظاً لحق المجتمع فى مثل هذا النوع من الجرائم .

ثانياً : التقادم لايلحق القصاص لأنه عقوبة مقدرة شرعاً لحق العبد الذى لايقضى فيه بغير دعوى وهذا يعنى أن الدعوى الجنائية فى القصاص لاتنقضى بمضى مدة معلومة أو محددة وسلطة الدولة فى العقاب تظل قائمة حتى يرد عفو أو صلح أو إبراء .

ثالثاً : التعزير تأديب يتبع المفاسد وقد لايصحبها العصيان فى كثير من الصور كتأديب الصبيان استصلاحاً لهم مع عدم المعصية وتنظيم التعزير برمته من شئون السلطان فإذا ماعلمنا أن طبيعة التعزير يختلف عن الحدود فى كونه قد يكون حقاً لله صرفاً أو حقاً للعبد صرفاً والحدود لايتنوع منها حد بل الكل حق الله ــ تعالى ــ إلا القذف على خلاف فيه ، كما أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، ثم أنه قد يسقط وتنقضى دعوته الجنائية لعدم موجبها أو لعدم تأثيرها يقول فى ذلك إمام الحرمين « إذا كان الجانى من الصبيان أو

---

(١٧٥) انظر رسالة الدكتوراة المقدمة لجامعة القاهرة انقضاء سلطة الدولة فى العقاب لمحمد عوض الأحول ص ٣٤ .

المكلفين قد جنى جناية حقيرة والعقوبة الصالحة لها لاتؤثر فيه ردعاً والعظيمة التى تؤثر فيه لاتصلح لهذه الجناية سقط تأديبه مطلقاً أما العظيمة فلعدم موجبها وأما الحقيرة فلعدم تأثيرها (١٧٦) كما أن التعزير يسقط بالتوبة بلا خلاف ونظرا لازدواج طبيعة الحق فى جرائم التعازير قال بعض الفقهاء بعدم سقوط التعزير بالتقادم سواء منه ماكان حقاً لله أو حقاً لآدمى (١٧٧) .

والصحيح والله أعلم ـ أن ولى الأمر عليه أن يتصرف فى جرائم التعازير بما تقتضيه المصلحة عفواً عن جريمة عقب ارتكابها أو عن عقوبة بعد الحكم بها وهذا يعنى أن أثر الجريمة يسقط بتقادم العهد عليها إذا كان فى ذلك مصلحة من باب أولى ؛ لأن مناط التعزير بصفة عامة هو المصلحة ومن ثم انقضاء الدعوى الجنائية لابسبب مضى المدة أساساً وإنما بسبب عفو الإمام المبنى على المصلحة والذى يزيل سلطة الدولة فى العقاب حينئذ .

(جـ) التقادم الجنائى فى الفقه الوضعى
مقابلة ومقارنة

إضطرب الفقه الوضعى عند بحث مسألة أساس التقادم الجنائى كثيراً وتشعبت آراؤه حيث يرى البعض أن التقادم جزاء على التراخى فى مباشرة اجراءات الدعوى أو تنفيذ العقوبة وهذا القول شبه بما نقل عن ابن أبى ليلى سابقاً ذلك أن تراخى السلطات المختصة فى اجراءات الدعوى أو تنفيذ العقوبة يجعل الهدف من العقوبة لاينتج أثره لأن التأخير يذهب بمعنى الردع لكن عيب على هذا الرأى بأمور كثيرة منها أنه ليس من المعقول أن يكون التراخى فى أداء الواجب سببا لسقوطه ، ومن الفقهاء من يرد نظام التقادم إلى فكرة الاستقرار القانونى ، وهناك من يلتمس للتقادم أساسا من العدالة نفسها حيث يعيش الجانى نهباً للاحساس بالمطاردة والخوف من شبح المحاكمة ، أو تنفيذ العقوبة والقول بتوقيع العقاب على الجانى بعد مضى مدة طويلة على ارتكاب الجريمة يعتبر قسوة بغير مبرر ؛ لأن

---

(١٧٦) الفروق للإمام القرافى ج ٤ ص ١٨١ الفرق السادس والأربعون والمائتان ويعلق الفقيه القرافى على قول إمام الحرمين بقوله « وهو بحث حسن ما ينبغى أن يخالف فيه » .

(١٧٧) انظر ما كتبه ابن عابدين فى حاشيته ج ٣ ص ١٧٧ وقد أسند الدكتور عبد العزيز عامر هذا الرأى للأسروشنى فى فصوله انظر التعزير ص ٥٢٦ .

ذلك يؤدى فى حقيقة الأمر إلى عقابه مرتين من أجل فعل واحد[١٧٨] وعلى أى حال فإن هذه النظريات الكثيرة والمتعددة التى تعالج الأساس القانونى لمبدأ تقادم سلطة الدولة فى العقاب تدور كلها حول الوصول إلى صيغة سليمة توازن بين تحقيق العدالة فى شأن الجانى والمجنى عليه ومصالح الجماعة ، ولاتخرج عن هذا الإطار ، والفقه الإسلامى فى رأيه الغالب الذى يرى عدم سقوط الجريمة أو العقوبة فى الحدود بالتقادم قد استند إلى اعتبارات دستورية وعملية فالنصوص والسنة الفعلية تؤكد أن ولى الأمر لايملك فى هذا المجال حق العفو لا عن الجريمة ولا عن العقوبة ، وهذا أمر دستورى يجب الانصياع إليه عن رضا وقناعة ـ كما أن مصلحة الجماعة تحتم وبالضرورة عدم إفلات الجانى من الجريمة الحدية خاصة طالما توافرت لها وسائل الإثبات مع تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وهنا لامناص من العقوبة ويكون الفقه الإسلامى قد وازن بين مصلحتين متعارضتين ثم رجّح إحداهما على الأخرى مصلحة الجانى فى أن يفلت من العقوبة الحدية بحجة الاستقرار وعدم إحياء ونبش الماضى ، ومن ثم تنقضى سلطة الدولة فى العقاب ومصلحة الجماعة الحقيقية فى معاقبة الجانى طالما توافرت أدلة الإثبات بيقين ، ومن ثم فتنازل الدولة عن عقاب الجانى أو انقضاء سلطتها فى العقاب من منظور الفكر الإسلامى فى هذا النوع من الجرائم غير وارد . مهما طال الزمن لاعتبارات دستورية حيث لايحق للإمام التنازل ، لأنه غير مفوض فى إجراء مثل هذا التنازل ، كما أن الأخذ بترجيح المصالح يحتم عدم انقضاء الدعوى جنائياً سواء علمت السلطات بوقوع الجريمة أم لم تعلم ، لأن الاستقرار الحقيقى هو معاقبة الجانى طالما توافرت ضمانات المحاكمة وهذا إطار جامد إن صح التعبير ، أما قاعدة أن العفو عن الجريمة لايكون إلا بقانون وأن العفو عن العقوبة لايكون إلا بقرار من السلطة المختصة ـ فهذا هو الإطار الحرفى فى الفقه الإسلامى « دائرة التعازير » وبفلسفة الفقه الإسلامى السابقة لاخوف على الجانى من وقوع ظلم عليه فقاعدة إدرءوا الحدود بالشبهات قائمة كما أن أدلة الإثبات يجب أن تكون مؤكدة ومستمرة ، فالمقرر فقهاً أن الشهادة يجب أن تكون مستمرة حتى تمام التنفيذ فلو خرج شاهد عن صلاحيته لأداء الشهادة قبل قيام الحد فإنه لايقام حيث الشبهة اعترت الإثبات ، وطالما ثبتت الجناية بيقين وجبت العقوبة ، لأن عدم إقامتها إخلال بواجبات السلطان هذا فضلاً عن ظلم بيّن للمجنى عليه أو وليّه ولا تفلسف الأمور على أن العدالة تقتضى عدم تنفيذ العقوبة لطول الزمان .

(١٧٨) هناك نظريات عديدة فى الفقه الوضعى تعالج الأساس القانونى لمبدأ تقادم سلطة الدولة فى العقاب مثل نظرية ضياع الأدلة ، ونظرية العقوبة المعنوية ، ونظرية النسيان ، ونظرية الاهمال والتوازن القانونى والتوفيق بين الواقع والقانون وانفكاك الرابطة بين المجرم والجريمة انظر انقضاء سلطة الدولة فى العقاب للدكتور محمد عوض الأحول ص ٣٨ وما بعدها ودراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى للدكتور عوض محمد ص ٢٣٤ .

الباب الثانى
خصائص النصوص الفقهية الموجبة للعقوبة البدنية

الفصل الأول ـ قدسية النص وفنيته :

الفصل الثانى ـ تحليل لبعض العقوبات البدنية :

(أ) الجلد بين الشريعة والقانون .

(ب) القطع بين الشريعة والقانون .

(جـ) فلسفة العقاب فى جريمة السرقة .

الفصل الثالث ـ العقوبات البدنية وجريمة الإفساد فى الأرض :

(أ) ماهية الإفساد فى الأرض .

(ب) الفقه ونطاق العقوبات البدنية فى المجتمع الإسلامى .

(جـ) بعض الخصائص الفنية لعقوبة التعزير .

(د) أمثلة للعقوبة التعزيرية غير البدنية .

(هـ) الأساس الفلسفى لدستورية العقوبة البدنية .

الفصل الرابع ـ نماذج لجرائم الإفساد فى الأرض :

(أ) تمهيد وحقائق .

(ب) المبحث الأول تعليق ونموذج تطبيق حول ماهية الافساد فى الأرض .

(جـ) المبحث الثانى سرقة المال العام « عرض وتعليق » .

الفصل الأول

« قدسية النص وفنيته »

أولا : ليس ثمة شك فى أن هذه النصوص ذات طبيعة مقدسة تجمع بين فنية التجريم ووجوب النفاذ أخذاً من سياقها اللغوى وهى شمولية إذا بخطابها المسلمين المكلفين أبرزت انتسابهم إليها ، كما أبرزت المعنى المعكوس من هذا الانتساب أيضاً مما يصبغ على تنفيذها عدم التردد والمراء ، كما أنها لم تعالج ما يتعلق بأسباب الجريمة ودواعيها تفصيلاً ولقد عرّف السبب لغوياً بأنه مايتوصل به إلى غيره سواء كان حسياً مثل قوله تعالى فى سورة الحج : « فليمدد بسبب إلى السماء » أى حبل ، أو معنوياً كالعلم فإنه سبب للخير ومنه قوله تعالى فى سورة الكهف : « وآتيناه من كل شيء سببا » أى علماً .

كما عرّف إصطلاحاً بأنه مايلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته ، أو هو ما أثر فى التلف ولم يحصله أى أنه كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته فشهادة الزور على بريء بالقتل علة للحكم عليه بالإعدام ولكنها بذاتها لاتجلب الإعدام وإنما فعل منفذ الحكم « الجلاد » وكذلك بحث يتعلق بالسبب عند علماء الفقه الإسلامى بصورة أكثر شمولية عند حديثهم عن طبيعة الموت المانع من الميراث كمن حفر بئرا لاستنباط الماء فى أرضه فسقط فيه المورث ، وعالجوا مايتعلق بأقسام السبب أيضاً حيث قسموه إلى :

١ ـ حسى كالإكراه حيث يولد فى المكره داعية القتل .

٢ ـ شرعى كشهادة الزور على القتل فإنها تولد فى القاضى دواعى الحكم بالإعدام .

٣ ـ مايولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسياً ولاشرعيا كتقديم الطعام المسموم إلى إنسان وحفر بئر وتغطيتها فى طريق المجنى عليه فإن حفر البئر علة للموت ولكن الحفر ليس هو الذى أمات المجنى عليه وإنما السقطة فى البئر وبين السبب والمباشرة فى الفقه الإسلامى وجه اتفاق فكلاهما علة للموت ، وقد رتب الفقه الإسلامى مسئولية عن المباشر والمتسبب حسب مانقرأ فى أمهات الكتب ـ ونقل الكاسانى قولاً رائعاً للإمام أبى حنيفة فى هذه المسألة وقد

يأتى مايتعلق بالسبب ضمناً فى النص ورمزاً فجريمة الزنا مثلاً الأصل فيها أنها ذات ملمس أنثوى ناعم وبريق خاطف مصدر ضوئه المرأة ولين محطم غادر يتفق وطبيعتها ، وفى الأعم الأغلب تلعب المرأة دوراً جوهرياً فى انقياد الرجل إلى الجريمة محل البحث ، ومن ثم صدّر النص بذكرها قال تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلده » وابن العربى يرى فى هذه المسألة إلى جانب ماسبق أنها أكثر شهوة من الرجل وإن كان قد ركّب فيها الحياء لكنها إذا زنت ذهب حياؤها وعلى العكس من ذلك بالنسبة للرجل نقرأ قول ربنا سبحانه وتعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » ثم انظر معى إلى قوله تعالى فى سورة المائدة : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض » .

فهنا ماهية الفساد واسعة عامة يتساوى فى الأخذ بأسبابه الأنثى والذكر من حيث القدرة ومناط المسئولية ولذا جاء السياق القرآنى عاماً .

وفى تقديرنا أن هذا المسلك يجب أن يحسب للنصوص الشرعية فى الإسلام لا ضدها لأنه يفصح عن مرونة تشريعية فى الإبداع والإتقان ، ومناط ذلك أن الأسباب تتعدد وتتنوع طبقاً لاختلاف الزمان والمكان ، كما أنها مرونة تتفق والأسباب الناشئة عن اختلاف البيئات والعادات والتقاليد حيث فنية أسباب ارتكاب الجريمة فى وسط مناخ أصم هازل سقيم تختلف عن فنية أسبابها فى وسط مناخ تجرى فى عروقه دماء التفتح والفكر والنضج الحضارى ومن ثم فالعيب على النص الشرعى بأنه لم يفصح تفصيلاً عن أسباب الجريمة أمر لا يجب أن يقرع أسماع أولى الأفئدة من أهل الفكر وللمجتهد الإسلامى سلطة البحث والتحرى عن إبتداع الأسباب وفنيتها وليس له سلطة ابتداع المصالح وإلا لزم تأسيس فقه جديد وهو اعتداء على حق الله فى التشريع ، والشاطبى ذكر هذا فى موافقاته بقوله : « وأما تحريم الحلال وتحليل الحرام وما أشبه ذلك فمن حق الله ـ تعالى ـ لأنه تشريع مبتدأ وإنشاء كلية شرعية ألزمها العباد فليس لهم فيها تحكم إذا ليس للعقول تحسين ولا تقبيح تحل به أو تحرم فهو مجرد تعد فيما ليس لغير الله نصيب ، فلذلك لم يكن لأحد فيه خيّره » فأنماط العلاقات الاجتماعية متغيره ومتطوره وغير ثابتة ، ورحم الله الخليفة الراشد حيث قال : « تحدث للناس أقضية بقدر مايحدثون من فجور » وبذلك تكون الشريعة الإسلامية أرست مبدءاً متوازناً بشأن فنية التجريم النسبى الذى يقوم المجتمع بتحديده وفقاً للظروف والأحوال كالجرائم المصطنعة وهى جرائم تعرضها تطور الظروف فى الجماعة وأحوالها ، وبين فنية أسباب الجريمة حسب ظروف كل مجتمع وهذا غاية الحكمة والإتقان رعاية لحق الله

وحرمات الناس ووجه القدسية فى النص الآمر أنه من عند الله سبحانه ورسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وهذا سمو تشريعى لا يرقى إليه أى تشريع آخر ، ووجه فنيته أنه عالج الظاهرة الإجرامية فى المجتمع الإسلامى بكافة إحتمالاتها الافتراضية اليوم وغدا .

ثانيا : أن هذه النصوص ليست فقهاً تقريرياً يصطنع له أسلوب المشاهدة والتجربة شأن العلوم الطبيعية التى تعتمد الواقع المحسوس لاتجاوزه إلى فكر أخلاق كالبر والإحسان والرحمة وغير ذلك من تلكم المعانى التى لاتخضع إلى مقاييس مادية تركن إلى فكرة الخطأ والصواب بحيث لو كان الأمر خطأ اليوم أدخل عليه تعديل ليصبح صواباً غداً كل هذا مناطه ومنشأه الفعل والتجربة داخل المجتمع وخارجه[1] .

كما أنها ليست مظهراً للإرادة الإنسانية المتغيرة بما تثيرها من نوازع وأهواء أو صدى لعوامل اقتصادية واجتماعية تعصف بالقديم من أصوله لتقيمه على أسس جديدة مناقضة لسابقتها وكتعبير موقوت لتطور تلك العوامل بل هو فقه يستند على أصول تشريعية سماوية مستقرة فى كتاب الله وسنة رسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ .

ثالثاً : أن هناك دلائل أخرى تقوم على هذين الأصلين السابق الكلام عنهما حالاً ـ أقصد الكتاب والسنة نصاً أو معنى أو روحاً وذلك مثل الإجماع .

الذى لابد له من مستند يكون نصاً[2] فى الغالب وقد يكون مصلحة وكالقياس الذى لابد له من أصل معين مقيس عليه منصوص على حكمه ، وكمبدأ المصلحة المرسلة الذى

---

(١) انظر ما سبق بشأن القانون الذى صدر فى ١٩٨٠/١٠/٢٧ بشأن المادة ٢٩٠ الواردة فى الباب ٥ كتاب ٣ والمذكرة الإيضاحية والتى نصت على أن التطبيق العملى لنصوص القانون فى مواده السابقة قد كشف عن عدم التناسب بين الجرائم والعقوبات ، وعن عدم كفاية هذه العقوبات لتحقيق الردع كهدف تتوخاه السياسة العقابية ـ إلخ وانظر ما يتعلق بشأن فكر المعتزلة فى كتب علم الكلام والملل والنحل وعلى سبيل المثال يراجع الملل والنحل للشهرستانى هامش الفصل فى الملل والنحل لابن حزم ج ١ ص ٥٣ وما بعدها ط دار الفكر بيروت مصورة عن ط المصرية ١٣١٧ هـ ومن الفائدة النظر فى المؤلفات التى تعالج ما يتعلق بالفكر السياسى والدستورى وما أثير من بعض فقهاء القانون القائلين بإخضاعه للأسلوب العلمى الواقعى التقريرى ، وما ترتب على ذلك من إنكار مفاهيم تجريبية ونظريات عامة قام عليها الكيان التشريعى منذ القدم ، واستقرت أصولها عليه كالشخصيات الاعتبارية ونظرية الحق وغيرها من النظريات بدعوى أن هذه الأمور لا تخضع للأسلوب العلمى الواقعى الذى يعتمد المحسوسات يقول وحيد الدين خان : إن قضية العصر الحاضر ضد الدين هى قضية طريقة الاستدلال عن الطريقة الجديدة التى كشفها العلم الحديث من بعد التطورات فى ميادينه العديدة بحيث لم تعد تقف أمامها دعوى الدين وعقائده ، والدين كله مبنى على قياس واستقراء مما يجعله باطلاً لأنه ليس له أساس علمى ، وقضية العصر الحاضر باطلة لأنها لا تقوم على أسس علمية يراجع الإسلام يتحدى للوقوف على تفاصيل بطلان قضية العصر ص ٤١ ط المختار الإسلامى مصر ثامنة ١٩٨٤ م .

(٢) انظر الرسالة للإمام الشافعى تحقيق الأستاذ أحمد شاكر ص ٤٧١ ط دار التراث مصر وإرشاد الفحول لمحمد بن على الشوكانى ، وفى هامشه الشرح على الورقات فى الأصول لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجوينى الشافعى المتوفى ٤٧٨ هـ ص ٧١ ط دار المعرفة بيروت بدون تاريخ ، والمستصفى للغزالى ج ١ ص ١٧٣ وشرح التلويح على التوضيح ط

توسع فيه المالكية والحنابلة ، وإذا كانت ثمة ضرورة لضرب أمثلة فى هذا الشأن فأبرزها ما أجمع عليه الصحابة – رضوان الله تعالى عليهم – على عقاب شارب الخمر بجلده ثمانين جلدة ومن نافلة القول أن الفقهاء اختلفوا فى مقدار الحد وسبب اختلافهم أن القرآن لم يحدد العقوبة ، كما أن بعض الروايات لا تقطع بإجماع الصحابة – رضى الله تعالى عنهم – فى هذه المسألة لكن الثابت أن عليا – رضى الله تعالى عنه – قال فى المشورة : نرى أن نجلده ثمانين ، فإنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى إفترى ، وعلى المفترى ثمانون – كما روى عنه أنه قال : « ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت فأجد فى نفسى منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولو مات وديته ، لأن النبى – صلى الله عليه وسلم – لم يسنه لنا »[3] .

بيد أنه وإن وجد فى الفقه الإسلامى من يرى أن حد الشرب أربعين جلدة فقط ، لكن هذا القول لا يمارى فى جلده ثمانين جلدة وما زاد على الحد عنده يكون تعزيراً[4] ولا جدال فى أن الراجح فقهاً حتى الآن وقضاء أن الصحابة – رضى الله تعالى عنهم – أجمعوا على عقاب شارب الخمر بجلده ثمانين جلدة[5] .

صبيح ج ٢ ص ٨١ وما بعدها والحق أن سلطة الإجماع يمكن أن تستقى من بعض النصوص القرآنية الكثيرة ، كما أن الرأى انتهى على اعتبار الإجماع سلطة عليا لا معقب لها وهى تستطيع أن تحكم على نصوص القرآن والحديث ذاتها ولا يمكن أن تحكم بها ولا أن تبطل برأى آخر سابق أو لاحق ، وكل أهل الملة يخضعون لهذه السلطة والسيادة دون مناقشة عدا فئة قليلة من العقليين على رأسهم النظام الذى أعلن أن الاجماع « عبارة عن كل قول قامت حجته وإن كان قول واحد » يراجع ابن عبد الشكور هامش المستصفى ج ٢ ص ٢٤٦ وما بعدها كما يراجع ما أورده البخارى – فى كتاب الاعتصام – الباب : العاشر وتفسيره للنص الذى أورده .

(٣) التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عودة ج ٢ ص ٥٠٦ .

(٤) انظر شرح فتح القدير ص ٣٠١ وما بعدها وما كتبه الشيخ الشربينى مغنى المحتاج – كتاب الأشربة – ج ٤ ص ١٨٧ وما بعدها ط الحلبى ١٣٧٧ هـ والمبدع فى شرح المقنع لابن مفلح الحنبلى ج ٩ ص ١٠٢ ط المكتب الإسلامى ببيروت ١٣٩٩ هـ كما يراجع ما كتبه الكاسانى عن طبيعة العقوبة البدنية فى هذه الجريمة ج ٧ ص ٣٩ وما بعدها فى بدائعه ط دار الكتاب العربى ببيروت ١٤٠٢ هـ والمغنى ج ١٠ ص ٣٣٠ .

(٥) حرم الله تعالى الخمر فى القرآن الكريم كما أن النبى – صلى الله عليه وسلم – لم يعين حداً للخمر فكان يضرب فيها القليل والكثير ولكنه لم يزد عن أربعين حتى جاء زمن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب – رضى الله تعالى عنه – فجلد ثمانين بعد مشورة الصحابة – رضى الله تعالى عنهم – وإجماعهم على ذلك كما أن قاعدة لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص لا مجال لها فى هذا المحل ، لأنها تعنى أنه لا يجوز الاجتهاد باستعمال الرأى والقياس لإيجاد حكم المسألة ما قد ورد فيها نص شرعى من كتاب أو سنة أو اجماع صحيح ، كما أن الاجتهاد الممنوع هنا ما كان مصادماً لنص ثابت واضح المعنى الذى ورد فيه وضوحًا لا يقبل تأويلاً ولا يتحمله ، وإلى هذا ذهب سادتنا من الأئمة الأعلام بل إنه روى عن الشافعى – رضى الله تعالى عنه – أنه قال : « إذا رويت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حديثًا ولم آخذ به فاعلموا أن عقلى قد ذهب » وفقيه الأندلس ابن حزم قال : ما يشير إلى نفس المعنى أيضًا وفضلاً عن ذلك فإن مبدأ تغير تفسير النصوص أمر وارد فى إطار المعاملات الدنيوية لأن الأصل فى ذلك الالتفات إلى المعانى وادراك العلل وفهم غايات ومقاصد الشرع وانطلاقًا من هذا ألغى عمر بن الخطاب – رضى الله تعالى عنه – حصة المؤلفة قلوبهم انظر على سبيل المثال البيان الرائع لابن الهمام

كما أن هذه النصوص تبلور وظيفة الدولة ـ كأثر من آثار قيامها عند تنفيذها للعقوبة المنصوص عليها استجابة لأمانى فردية واجتماعية مختلطة بعضها البعض ، لأن الأمر أخطر من مجرد ضرر شخصى يقع على فرد بعينه فى المجتمع ، وإنما اجتماعية العقاب التى تستوجب الصرامة فى توقيعه تلبيها النصوص الشرعية الإسلامية أكثر من نصوص القوانين الوضعية (٦) .

رابعاً : أن هذه النصوص يشيد عليها تشريعات عامة ثابتة الأصول متطورة فى فروعها وثبات الأصول يعصم المجتهد من الوقوع فى السرف والظلم والعبث بمقومات الحياة الإنسانية ولا يجعل للهوى منزعاً فى التشريع ، كما أن الباحث المنصف يجد فى هذه النصوص مجالاً خصباً لبناء وتشييد نظريات فقهية ذات معايير منضبطة لا تقوم اليوم ولظرف ما اجتماعى أو اقتصادى أو سياسى تلغى غدا ، فالمفكر أو الفقيه إنسان قد يملى عليه عداؤه الشديد لمذهب فكرى معين التنكر لأسسه العامة وإقامة فقه مناقض له تماماً ـ وقد حدث بالنسبة لأنصار المذهب الفردى الذى كان فقهه صدى عكسيا عنيفا لاستبداد طبقة الحكام فى فرنسا ومظالمهم مما كان مظهره هذا الاطلاق فى الحقوق والحريات وتقديس الفرد وتجاهل مطلق أو شبه مطلق لمصلحة الجماعة ، والعكس بالنسبة لانصار مذهب التضامن الاجتماعى الذى تنكر لمبادئ الفردية فألغى فكرة الحق وحولها بذاتها إلى مجرد وظيفة اجتماعية وهدم شخصية الفرد إذا اعتبره عنصر تكوين وجعل من مصلحة الجماعة أساساً للقانون وغاية ، ولا يخفى الإمعان فى التطرف الآن بين الغرب والشرق . هذا الإمعان الذى يحكمه الفقه الوضعى (٧) .

= الحنفى فى باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز شرح فتح القدير ج ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها ط الحلبى ١٣٨٩ هـ والأحكام لابن حزم ج ٢ ص ٥ وما بعدها والأم ج ٧ ص ٢٧٥ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٣٤ ط الحلبى والمجلة العدلية م ١٤ وأعلام الموقعين ج ٣ ص ١ ط مكتبة الكليات الأزهرية تحقيق ط عبد الرءوف واقرأ للشاطبى فى الموافقات المسألتين الخامسة والسابعة من مقاصد الشريعة ج ٢ ص ٢٥ ، ٣٧ .

(٦) تطالعنا كل يوم الصحف بوقائع يندى لها الجبين وعلى سبيل المثال نشرت جريدة الأهرام القاهرية على صفحاتها فى العدد رقم ٣٦٦٣٤ الصادر فى يوم السبت الموافق ١٩٨٧/٣/٢٨ خبرًا هذا عنوانه «اكتشف خيانة زوجته فكان جزاؤه القتل» وتفاصيل الوقائع تكشف عن أمراض اجتماعية خطيرة لا علاج لها إلا عقاب صارم وكم أفرزت هذه النصوص الوضعية من أمراض مثل من يحاول سرقة مسكن بعد الافراج عنه بساعتين أهرام ١٩٨٧/٢/٢٦ م وسيدة تتزعم عصابة لتزوير جوازات سفر إلخ الأسفار التى ينوء بحملها المجتمع مما يمكن معه القول أنه لم تكن مصر فى يوم من الأيام بحاجة إلى القانون الإسلامى بمثل ما هى فى حاجة إليه الآن بسبب ألوان الفساد التى استشرت فى حياتنا ، فصور الغش والتدليس والمحاباة على حساب المصالح العامة والتلاعب بنصوص القوانين أصبحت تهدد حياتنا ولا مخرج إلا بشرع الله .

(٧) انظر الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة جامعة الأزهر من د / فتحى الدرينى ص ٦٦ ويراجع أصول القانون د / حسن كيره ص ١٥٨ وأصول القوانين د / السنهورى ص ٦١ وما بعدها =

خامساً : أن هذه النصوص الشرعية وإن عيب عليها من البعض إلا أنها تتفق والمعقول فى دنيا الناس ، ولنا مع هذه الخاصية بعض التفصيل فمن أمثلة هذه العقلانية إن صح القول هذا المثال جريمة الزنا مثًا بحسبان أن عقوبتها البدنية فى الفقه الإسلامى تلقى معارضة قوية من البعض نجد ما يلى :

ـ المادة ٢٩١ من قانون العقوبات وهى مادة مطوّره حلت محل نص سابق تنص على أنه «إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجًا شرعيًا لا يحكم عليه بعقوبة ما» فإسقاط العقوبة عن الخاطف رهن زواجه بالمخطوفة قبل الوقاع على حد تعبير الفقه الوضعى أو بعده لا يهم ويقابل هذه المادة من الفقه الإسلامى ما جاء على لسان مفكرى المذهب الحنفى أن الزواج العارض بعد الزنا لا يعتبر شبهة لأن الوطء وقع زنا محض لمصادفته محلاً غير مملوك للواطئ ـ أو بتعبير عصرى ليس للزواج أثر رجعى فلا يمتد أثره لوقت الوطء إذ العبرة بشرعية وحلّية الفعل فى وقته[8] حيث إن القاعدة الفقهية تنص على أن الوطء المحرم المعتبر زنا هو الذى يحدث فى غير ملك ، فكل وطء من هذا القبيل عقوبته الحد ما لم يكن هناك مانع شرعى من هذه العقوبة ، أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زناً ولو كان الوطء محرماً مثل وطء المرأة الحائض لأن التحريم لايحمل صفة الديمومة والاستمرارية[9] وهكذا فالزواج اللاحق لايسقط الحد الواجب بالزنا السابق .

وهل يجوز أن نسأل بعد ذلك أى الحكمين أقرب إلى العقلانية التشريعية والأخذ بيد المجتمع ، رحم الله العز بن عبد السلام الشافعى الذى يقول : «أما مصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها فلا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفى منها شىء طلب من أدلة الشرع وهى الكتاب والسنة والإجماع » ... إلخ[10] ومثال آخر ـ العود فى جريمة الزنا أو ممارسة الدعارة هذه مسألة عالجها الفقه الوضعى بأسلوبه ، وعالجها الفقه السماوى باسلوبه أيضاً ، وانظر معى لنرى أىّ العلاجين أجدى للناس وأنفع لهم وأقرب إلى العقلانية ، وبداية لايقولن عاقل بأن مجتمعا ما أباح الدعارة ونظمها وجنى من وراء ذلك فائدة ، بل إن الحق أن كافة الطبقات الاجتماعية فى أى مجتمع تنكر ولو فى أعماقها هذا الجرم على الأقل بالشعور أو الضمير الجماعى Conscience - Lohective الذى يوجد لدى كل مجتمع وتعزى إليه القيم الأخلاقية . ويحتاج الأمر لقليل من التفصيل فى هذا المثال كما يلى :

= ومعين الحكام لعلاء الدين الطرابلسى ص ٤٠٠ وما بعدها ط ثانية ١٣٩٣ هـ الحلبى مصر.

(٨) يراجع ما كتبه الكاسانى فى البدائع ج ٧ ص ٣٤ ـ ٣٥ .

(٩) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٧ .

(١٠) قواعد الأحكام ج ١ ص ٨ .

(أ) موقف القانون العقابى الوضعى من المسألة :

صدر القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة وقد اشتمل على ثمانى عشرة مادة بخلاف مادة النشر والمادة ٩ف ٣ جاء نصها كما يلى : « يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ولاتزيد عن ثلاث سنوات وبغرامة لاتقل عن خمسة وعشرين جنيها ولاتزيد عن ثلاثمائة جنيه أوبإحدى هاتين العقوبتين ـ كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة وعند ضبط الشخص فى الحالة الأخيرة يجوز إرساله إلى الكشف الطبى فإذا تبين أنه مصاب بأحد الأمراض التناسلية المعدية حجز فى أحد المعاهد العلاجية حتى يتم شفاؤه ويجوز الحكم بوضع المحكوم عليه بعد انقضاء مدة العقوبة فى إصلاحية خاصة إلى أن تأمر الجهة الإدارية بإخراجه ويكون ذلك الحكم وجوباً فى حالة العودة .

ولايجوز إبقاؤه فى الاصلاحية أكثر من ثلاث سنوات[11] .

وكل هذا باختصار يعنى أن الاعتياد على ممارسة الزنا أو الدعارة بكل أشكالها ووسائلها عقابه الحبس أو الغرامة ، والوضع فى الإصلاحية جوازاً وفى حالة العود وجوباً لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ـ كما أن التحريض على ارتكاب الفجور أو الدعارة واستيرادها بكافة صور الاستيراد المادية والأخلاقية ، ومعاونة البغى وأهل الفجور على بغيهم وفجورهم وإدارة محلات الدعارة .... إلخ كل هذا عقابه الحبس أو الغرامة ووضع المحكوم عليهم تحت مراقبة الشرطة مدة تساوى مدة العقوبة المحكوم عليهم بها والأمر لايحتاج إلى تعليق على النص من قريب ولا من بعيد فهى نصوص ملزمة بقوتها القانونية لأفراد المجتمع ، وتحكم فى أعراض الناس وفروجها .

---

(١١) انظر الظروف المشددة للعقوبة نقض ١٩٥٧/١١/٤ مجموعة الأحكام س ٨ رقم ٢٣٣ ص ٨٥٩ ونقض ١٩٧٣/١٢/١٠ مجموعة الأحكام س ٢٤ رقم ٢٤٢ ص ١١٩١ ونقض ١٩٥٧/٣/١٨ مجموعة الأحكام س ٨ رقم ٧٥ ص ٢٦٣ وقد أخذت هذا المثال لأن العقوبة فيه بدنية معترض عليها من البعض وجدانًا ، ومن البعض علنًا كما أنها فى الشريعة الإسلامية تُطبق سياسة أو حدًا طبقًا لوجهات نظر بعض مفكرى أهل الشريعة الإسلامية ، كما أن هذا المثال يبرز شخصية العقوبة فى بعض الصور التى يتصور وقوعها فى دنيا الناس مثل خطف النساء واستكراهن على الزنا من قبل الخاطفين حيث تنصب العقوبة على الطرف المكره ، وفى ذلك يقول الإمام الشافعى ـ رضى الله عنه ـ «إذا استكره الرجل المرأة أقيم عليه الحد ولم يقم عليها لأنها مستكرهه» الأم ج ٦ ص دار الفكر بيروت ١٤٠٠ هـ على أننا نعيش زمانًا رديئًا يمكن تصور العكس حيث يقع الخطف والإكراه من النساء مع أن هذه الصورة عالجها فقهاء الشريعة ورأى بعضهم أن الإكراه فى الزنا لا يتصور وقوعه على رجل حيث أن طبيعة الزنا من حيث وقائعه المادية لا يتصور فيها إكراه إلا أننا نعتقد والله أعلم أنه لو حدث ذلك فإن العقوبة يجب أن تسقط عن الرجل لأن الإكراه المادى الملجئ عندما يقع عليه فلا حيلة له من استفراغ جهده هروبًا بنجاة نفسه انظر المهذب لأبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيرون أبازى الشيرازى ج ٢ ص ٢٦٧ ط الحلبى عين بدون تاريخ .

(ب) موقف الشريعة الإسلامية من ممارسة الدعارة[١٢] والاعتياد على الزنـا .

ترى شريعة ربنا سبحانه وتعالى أن التساهل فى عقوبة الزنا مثل اباحته وترويجه على قدم المساواة من حيث النتيجة باعتبار أن ذلك لايقطع دابر التمدن والعمران فحسب بل يستأصل النسل الإنسانى ، لأن وجود ولد من امرأة زانية عدوان على الولد نفسه وعلى التمدن بأسره وخيانة للمسلمين جميعاً . فمن حيث الولد فإن جميع خصال الإنسانية معطلة فيه حيث توالد من هيجات بهيميه ، ومثال هؤلاء لا تكون لهم يقينا سيرة صحيحة ولاتتجلى فيهم كفاءات موهوبة إلا فى درب سلكه والده ، ومن ثم فالمجتمع لايسعد بمثل هؤلاء فكلهم أولاد تعول معاول مدمرة للنظم القومية الإسلامية ولو أضفنا إلى ذلك آثار والديه فى المجتمع الإسلامى واستمراريتهم فى إفراز هذه القاذورات ، أو بالتعبير الدارج عودهم المستمر لتشييد صرح الرذيلة فى الأمة فوق انقاض الأمومة وهياكل فنون تربية النشأ وفطرة خلق النوع الإنسانى لكان الأمر جد خطير ويجدر الإشارة إلى ما يلى :

أولاً : أن العود فى الزنا لايتصور من منظور الشريعة الإسلامية إلا فى حالة واحدة فقط وهى حالة الزانى غير المحصن والذى وقع عليه عقوبة الجلد لأن الزانى المحصن متى ثبتت عليه جريمة الزنا عوقب بالرجم .

ثانياً : أن العود فى جرائم الزنا أو غيره وإن لم يفرد له الفقهاء باباً خاصاً قائما ومستقلاً بذاته إلا أنه كان يراعى فى حالات التطبيق القضائى ـ ومن المتفق عليه فى الشريعة أن يعاقب المجرم بالعقوبة المقررة للجريمة ، فإن عاد لها أمكن تشديد العقاب عليه فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو حبسه الدائم وكف أذاه ورفع شره عن الناس واختيار إحدى العقوبتين متروك لولى الأمر حسب مايراه من ظروف الجريمة ووقائعها وأثر ذلك على الجماعة ـ وقد ضرب الفقهاء أمثلة كثيرة فى هذا الشأن منها جريمة السرقة واللواطه لغير

---

(١٢) العود اصطلاح يعنى تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم عليه بصفة نهائية فى احداها أو فى بعضها ويتميز العود عن التعدد فى الجرائم بأن المجرم فى حالة التعدد يرتكب جريمته الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم فى جريمة سابقة عليها والعود مختلف فى ماهيته لدى شراح القوانين وكذلك فى مدته انظر ماكتبه رجال القانون عن نظريتىّ procededele mination-mesure de surete تدابير الأمن وطرق الاستئصال ثم قارن ذلك بما كتبه فقهاء الشريعة الاسلامية من أمثال الكمال بن الهمام شرح فتح القدير ج ٥ ص ٢٧٨ وما بعدها ط الحلبى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ والمغنى ج ١٠ ص ١٩٧ وغير ذلك .

المحصن حيث الفاعل والمفعول به كلاهما يعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة الزنا « الجلد » فإن عادوا للجريمة ولم تردعها العقوبة قتلا لشناعة عملها حيث افساد الأخلاق وتعكير صفو الحياة فى دنيا الناس وتجريدها من دواعى الأخلاق والفضيلة ـ وفى تقديرنا أن ممارسة الدعارة أشد خطراً وضرراً على الناس من أى جريمة أخرى ولولى الأمر بمقتضى سلطته أن يقتل سياسة من أسرف فى الفساد وهتك الأعراض ، وإذا لم يكن من يمارس الدعارة ويحرض عليها أو يعاون الزناة مفضوحًا بين الخلائق . مفسداً فى الأرض فمن يكون إذاً ؟[١٣] .

ثالثاً : لايجادلن عاقل أبدًا فى أن مفهوم الفساد فى الأرض ينطبق على العود فى الزنا أو ممارسة الدعارة سواء كان ذلك بالتحريض على ارتكاب الفجور أو مشاركة من يقوم بمثل هذه الأفعال كمعاونة البغاء واستغلالهن أو تحريضهن على التنقل من إقليم إلى آخر حيث الفجور أو إدارة محلات الدعارة أو تأجيرها أو أية وسيلة ترمى إلى مثل هذه القاذورات أصالة أو نيابة مما ينبنى عليها وبالضرورة فساد فى الأرض كما ينطبق على الحرابة[١٤] وإذا كان أهل البدع قد أفتى أهل العلم بإهدار دمهم فهل يبقى أهل الدعارة معصومى الدم أو على الأقل دون عقوبة بدنية ثقيلة الوقع عليهم ينتج عنها إنفراجًا فى قنوات الإنتاج ،

---

(١٣) من مفكرى الفقه الإسلامى الذين يرون تشديد العقوبة على مثل هذه الجرائم الزيلعى حيث وصف جناية اللواطة بقوله : «لأنه ـ أى اللواط ـ فى معنى الزنا لأن فيه قضاء الشهوة بسفح الماء فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمخض حرامًا كالزنا فى القبل بل فوقه ، لأنه فى الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم فى عمل قوم لوط فكان فوقه فى تضييع الماء فكان أدعى إلى الزجر وهو أشد حرمة من الزنا ولقد نسب إلى الشافعى ـ رضى الله تعالى عنه ـ أنهما يقتلان فقط سواء كانا محصنين أو لم يكونا وسند الشافعى ـ رضى الله عنه ـ فى ذلك ما رواه ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ أنه قال « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أحمد وأبو داود وغيرهما ـ والواقع أن الصحابة ـ رضى الله تعالى عنهم ـ نحا كل منهم منحى فى عقوبة هؤلاء وأمثالهم من معتادى وممارسى الدعارة حيث روى عن أبى بكر الصديق ـ رضى الله تعالى عنه ـ أنه كان يحرّقهم بالنار وابن العباس كان يرى أن يعلى بهم أعلى مكان من القرية ثم يلقيا منكوسين أخذًا من قوله تعالى فى شأن قوم لوط «فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل منضود » أما ابن الزبير ـ رضى الله عنه ـ يرى حبسهما فى أنتن المواضع يموتا قذارة ونتنا انظر تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٨١ والبدائع ج ٧ ص ٨٥ والمحلى ج ١١ ص ١٥٥ والمبسوط ج ٢٤ ص ٣٦ أفاض فى ذلك بداية من قوله والتعزير لا يختص بفعل معين ولا قول معين انظر تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٢ ط دار الكتب العلمية ببيروت بدون تاريخ وانظر ماكتبه ابن القيم تعليقًا على نص ابن العباس بشأن اللواط زاد المعاد ج ٣ ص ٣٠٨ ط دار الريان ١٤٠٧ هـ .

(١٤) أصل فسد فى لسان العرب تعذر المقصود وزوال المنفعة ـ ولذلك نجد أن الفساد فى الأرض إقترن بالعمل ضد الأمن العام وضد السلطة الشرعية وضد حقوق الأفراد وحقوق الجماعة بل ضد العقيدة الاسلامية قال تعالى فى سورة البقرة : «والله لا يحب الفساد » وقال فى سورة الأنبياء : « لو كان فيهما إلهة إلا الله لفسدتا » وقد فسر ابن العربى الفساد فى الأرض بأنه الشرك بالله والأذى للخلق انظر أحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩٢ .

والعمل فى المجتمع [١٥] .

وسند هذه العقوبة فى تقديرنا إلى جانب ما أبرزه سادتنا أهل العلم قوله تعالى فى سورة المائدة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » ووجه الدلالة من النص القرآنى الشريف أنه :

إذا كانت جريمة الحرابة اعتداء على الأمن العام بالمحاربة والإفساد فى الأرض فإن العود فى الزنا واحترافه وتبنى هيكله فى الأمة أشد إفساداً فى الأرض ذلك أن العقوبات تتفاوت بتفاوت الجنايات من حيث شدة الضرر وخفته ، فالقتل عقوبته من جنسه والجناية على الدين بالطعن فيه والارتداد عنه يقتل فيها الجانى لأن بقاءه بين جموع البشر مفسدة لهم ولا خير يرجى فى بقائه ولا مصلحة والجناية على الفروج أشد إفساداً فى الأرض من الجناية على الدماء حيث الفساد فيها أعظم والضرر منها أعم ، كما أنها أشد ضرراً من الحرابة ، وإذا كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أمر بقتل شارب الخمر فى المرة الرابعة ولم ينسخ ذلك ولم يجعله حداً لابد منه [١٦] فهل يبقى لدى عاقل ذرة شك فى أن عقوبة أهل الدعارة هى الموت ؟ وهل يعاب على ما أفتى به الإمام الراشد أبا حنيفة النعمان ـ رضى الله عنه ـ بأن من واجب السلطان أن يقتل من اعتاد اللواطة سياسة وليس أبو حنيفة فى ذلك بدعا فى قوله فجمهور العلماء متفق معه فى النتيجة غاية ماهنالك أن البعض يرى أن صفة القتل هنا لاتكون سياسة ، وإنما تكون حداً ، بل إن جمهور الفقهاء لايشترط اعتياد جريمة اللواطة حتى يستحق فاعليها القتل فهو يعاقب عندهم بالقتل عندما تثبت عليهم هذه الجناية ولو مرة واحدة قطعاً لدابر الفساد فى الأرض ، والفقيه ابن عابدين أورد مانصه عند حديثه عن المسألة محل البحث فى مجال تعريفه لماهية السياسة وجواز القتل بصفتها فقال « ولذا عرفها ـ يقصد السياسة ـ بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعى حسماً لمادة الفساد وهذا

---

(١٥) الدعاة إلى البدعة كثيرون فى تاريخ الفكر الإسلامى أشهرهم ـ الجهمية وهم أصحاب جهم بن صفوان وهو من الجبرية أول ما ظهرت بدعته فى ترمز وقتل فى مرو على يد سالم بن أحوز المازنى فى آخر عهد بنى أمية وكذالك الروافض وهم الشيعة الذين تشيعوا لعلى وقد أظهرت فرقة منهم بدعتهم أيام على ـ رضى الله عنه ـ حيث قال بعضهم له : إنه إله فأحرقهم على ونفى ابن سبأ إلى ساباط المدائن ثم انقسموا بعد زمان على ـ رضى الله عنه ـ أربعة أقسام وكل قسم كذلك انقسم إلى عدة أقسام وتناحروا وانقسموا واختلفوا بعضهم بقى على إسلامه والآخر خرج عن الملة وكذلك القدرية من فوق المعتزلة ولمزيد من البيان انظر الفرق لعبد القادر بن طاهر بن محمد البغدادى توفى ٤٢٩ هـ ط محمد صبيح ص ٢١ والملل والنحل للشهرستانى والعدل والانصاف فى معرفة أصول الفقه والاختلاف للإمام أبى يعقوب يوسف بن إبراهيم الودجلانى ج ٢ ص ١٠٧ ـ ١٠٨ ط وزارة التراث القومى والثقافى سلطنة عمان ١٤٠٤ هـ .

(١٦) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١١٦ ط مكتبة الكليات الأزهرية بدون تاريخ .

تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع ماشرعه الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية وتستعمل أخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل كما فى اللوطى والسارق والخناق وإذا تكرر ذلك منهم حل قتلهم سياسة » .

وفى حاشية مسكين عن الحموى فى هذا الشأن مانصه « السياسة شرع مغلظ وهى نوعان : سياسة ظالمة فالشريعة تحرّمها ، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيراً من المظالم وتردع أهل الفساد ، وتوصل إلى المقاصد الشرعية فالشريعة توجب المصير إليها والاعتماد فى إظهار الحق عليها »[١٧] .

وابن فرحون الفقيه المالكى يقول : « وإذا قلنا إنه يجوز للحاكم أن يجاوز الحد فى التعازير فهل يجوز أن يبلغ بالتعزير القتل أو لا ؟ فيه خلاف ، وعندنا يجوز قتل الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس للعدو إلى أن يقول يقتل من لا يزول فساده إلا بالقتل »[١٨] .

وبعد ـ فأى التشريعين أقرب إلى العقلانية وأقرب إلى إصلاح دنيا الناس وآخرتهم بل أقرب إلى فطرتهم يقول ابن القيم فى كتابه زاد المعاد : « فمن أقبح القبائح أن يكون الرجل زوج بغى وقبح هذا مستقر فى فطر الخلق وهو عندهم غاية المسبة » .

وأيضا فإن البغى لايؤمن أن تفسد على الرجل فراشه وتعلق عليه أولاداً من غيره ، والحق أن النفور من البغاء والنهى عن الزواج منهن ثابت بسنة النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ حيث قرأ عليه السلام قوله تعالى فى سورة النور : « الزانى لاينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لاينكحها إلا زان أو مشرك وحرّم ذلك على المؤمنين » على مسامع مرثد الغنوى حينما استأذنه أن يتزوج بغياً وقال له لاتنكحها[١٩] .

وليست المسألة تسابق إلى شدة العقوبة أو قسوتها ولكنها العلاج للمرض والدواء الشافى ومناط ذلك بغض النظر عن خلاف الفقهاء فى قتل أهل الدعارة حدا أم سياسة أن المصلحة العامة تستوجب دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم .

وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ـ فما من شك أن شيوع وتفشى مثل هذه القاذورات يرجع فسادها إلى العامة ، وبالتالى فإن منفعة عقوبتها تعود عليهم أيضا والعقوبة سواء أكانت سياسة « تعزيراً » أم حدا هى العدل المستبد أو الاستبداد العادل ـ كما أن

---

(١٧) انظر حاشية رد المحتار ج ٤ ص ١٥ ط ثانية الحلبى ١٣٨٦ هـ ويراجع السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٣٥ والطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٧ وقد ذكر أمثلة عديدة لمن يجوز قتلهم سياسة ط دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٠٦ .

(١٨) المصدر السابق ص ٢٠٦ ومعين الحكام للطرابلسى ص ١٩٠ ، ص ٤٠٠ ط الحلبى ثانية ١٣٩٣ هـ .

(١٩) انظر الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الراحل محمود شلتوت ص ٢٨٣ ط دار الشروق

العقوبة تعزيراً واسعة الأطراف تشمل بين دفتيها مع باقى العقوبات الشرعية الأخرى كل مصالح الجماعة ولذلك جازت بفرض عقوبة مالية إذا كان الأمر يستوجبها يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين : «إن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عذر بحرمان النصيب المستحق من السلب وأخبر عن تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله فقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما يرويه أحمد والنسائى وأبو داود « من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن نقصّها فإنا آخذوها وشطر إبله عزمه من عزمات ربنا » وبمثل هذا القول ـ قال صاحب معين الحكام[20] : وبهذا يتضح أن العقوبة سياسة أو تعزيراً وهى عقوبة ذات طبيعة تفويضية مجالها واسع أمام الحاكم له كل الحق على إطلاقه غير مقيد فيها بشىء ما ، لا فى نوعها ولا فى كمها ولا فى كيفيتها مادام رائده النظر والمصلحة وقصد الردع والتأديب وإقرار الحق والعدل .

وصدق رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ القائل « مثل القائم فى حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين فى أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم . فقالوا لو أنا خرقنا فى نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً »[21] وهل يرتاب منصف بعد ذلك فى أن العقوبات فى الإسلام على صفة العموم بما فيها . العقوبات البدنية أساس قوى ومصدر عظيم لأدق قانون جنائى تبنى أحكامه على قيمة الجريمة وظروفها المتصلة بالجانى والمجنى عليه ومكان الجريمة وزمانها فى كل مايراه الحاكم اعتداء على حقوق الأفراد أو الجماعات ، بل فى كل مايراه ضاراً بالمصلحة واستقرار النظام غير مقيد فيما يراه إلا بما تقضى به مشورة أهل الرأى والنظر ولاشك أن الأكثر نفعاً أكثر عقلانية فليتدبر الناس ما ينفعهم .

رابعاً : أن التشريع الإسلامى لم يكن بدعاً بين الشرائع السماوية الأخرى فى شأن قوة العقاب على ممارس الدعارة وأهل الفجور ومعتادى الموبقات والقاذورات عندما وضع لهم عقوبة سبقت الإشارة إليها .

فلقد تكلمت التوراة عن أحكام الزنا واللواط كما يلى : نصه « لاتجعل مع امرأة صاحبك مضجعك لزرع فتتنجس بها ، ولا تضاجع ذكراً مضاجعة امرأه إنه رجس ، ولا تجعل مع بهيمة مضجعك فتتنجس بها ، ولا تقف امرأه أمام بهيمة لنزائها إنها فاحشة بل

---

(٢٠) انظر معين الأحكام ص ١٦٩ تحت عنوان القضاء بالسياسة الشرعية ط الحلبى ١٣٩٣ هـ وهو قول ركن إلى النص المشار إليه .

(٢١) الحديث أورده البخارى والترمذى .

كل من عمل شيئاً من جميع هذه الرجسات تقطع الأنفس التى تعملها من شعبها »[٢٢] وفى سفر الأوبين إصحاح ٢٠ عدد ١٠ ما نصه « وإذا اتخذ رجل امرأة وأمها فذلك رذيلة بالنار يحرقونه وإياهما لكى يكون رذيلة بينكم »[٢٣] وإذا كانت التوراة عالجت مايتعلق بجرائم الأعراض ووصفت لأكثرها أشد العقوبات البدنية استفزاز لبعض من فى نفوسهم جموح وهوى فإن التلمود[٢٤] فى موضع آخر قرر عقوبة بدنية أخرى تلقى اعتراضاً كثيراً فى زماننا وهى عقوبة الجلد ، وعندما طرحها الفكر الإسلامى عقوبة لبعض الجرائم اتهم هذا الفكر بالجمود وعدم التحضر والسير على طريق الأولين التى لاتناسب التحضر ، والذين هم فى شك من ذلك عليهم أن يقرأوا مايلى « يجلد الفاجر الهاتك للأعراض واللوطى وفاعل فعل أونان بن يهودا وهو الاستمناء باليد وقاطع الذكر ومن شاركهم فى هذه الأفعال الشنيعة[٢٥] .

وباستقراء النصوص فى الشرائع السماوية السابقة على الإسلام وفى الإسلام نصل إلى مايمكن أن يكون تطابقاً بين هذه الشرائع كلها فى أحكام العقوبة على من يتلصص على الأعراض هذا وقد ألبس أهل الاجتهاد من رجال الفقه الإسلامى قضية مايتصل بحماية الأعراض ثياباً ناصعة البياض فى اجتهاداتهم مضمونها صيانة الأعراض عن طريق عقوبات بدنية تكون سيفاً مسلطاً على رءوس من تضعف عقيدتهم فى إطار مايقع من جرائم خارج نطاق النصوص المعمول بها فى حد الزنا ، ومن ذلك مثلاً قولهم « إن من خرج لإخافة السبيل قاصداً الغيلة على الأعراض فهو محارب » وهذا يعنى إضفاء صفة الخروج على سلطان الدولة وتغليبها على صفة مهاجمة أعراض جماعة المسلمين مما يجعل من حق الإمام باعتباره نائباً عن الجماعة تطبيق أقسى العقوبات الرادعة .

---

(٢٢) سفر اللاوبين إصحاح ١٨ عدد رقم ٢٠ دار الكتب المصرية رقم الايداع ٤٨٥٤٤ سنة ١٩٢١ .

(٢٣) المصدر السابق .

(٢٤) كلمة تلمود لفظ عبرى معناه التعلم وهو من مجموع كتابى المشفاه والجماره ، والأول كتاب أحكام السنة الموسوية المتممة لأحكام التوراة فإن موسى عليه السلام جمع ما أوحى إليه من السماء فى الأسفار الخمسة المعبر عنها بالتوراة ولم يجمع الأحكام والأقوال الأخرى التى كان يفوه بها عند السؤال أو وقت الحاجة فتناقلها عنه أصحابه وأتباعه ودونوها فى كتب أصحها مشناة « يهود اجناس المتوفى بعد ميلاد عيسى عليه السلام » ولفظ مشناه قريب من السنة لأن اليهود يقلبون السين شينا شلوم يعنى : سلام وشبات يعنى سبت ـ أما الجمارة فعبارة عن زيادات وتفاسير وشروحات أضافها الأئمة والرؤساء فى أجيال مختلفة على الأحكام والأحاديث ـ ومما هو جدير بالذكر أن التلمود بقى خافيًا على كثير من اليهود وعلى غيرهم من باب أولى حتى ظهر فى أوربا مترجمًا إلى الفرنسية ما بين ١٨٧١ ـ ١٨٨٩ م بقلم العالم Moosa-Shwab انظر المقارنات والمقابلات للأستاذ محمد حافظ صبرى ط الهند ١٩٠٢ وهو مؤلف عظيم دار الكتب المصرية تحت رقم ٤٥٦ قوانين ص ٥٧٧ ـ ٥٧٨ .

(٢٥) انظر المصدر السابق ٥٦٨ .

ومن هذا القبيل أيضاً ما أفتى به صاحب معين الحكام بقوله« لو أن رجلاً دخل على رجل فى منزله فبادره صاحب المنزل فقتله وقال إنه داعر دخل علىّ ليقتلنى فإن كان الداخل معروفاً بالدعارة والاعتداء على الأعراض لم يجب القصاص ، وإن لم يكن معروفاً بها وجب » وفى الفتاوى الهندية مايقترب من هذا المعنى عندما نقرأ ما نصه [وإذا وجد الرجل مع امرأته أو محرم له وهى تطاوعه على ذلك قتل الرجل والمرأة جميعاً] (٢٦) وإذا كان ماسبق من نصوص اجتهادية فيه إضفاء لشرعية السلطة فى اتخاذ ماتراه مناسباً لقطع دابر الفسق والزنا والدعارة فى الأمة فى إطار ماشرع الله ـ سبحانه وتعالى ـ حتى ولو ترتب على ذلك إضفاء صفة الحرابة على من يخرج قاصداً الاعتداء على الفروج ، فإن مايوجد من النصوص صريحة بالإضافة إلى ماالحقها من النصوص الاجتهادية يضفى شرعية الدفاع عن الأعراض فى وقت غياب السلطة حتى ولو ترتب على ذلك إهدار دم من تجرد من دينه وخانه وسقط فى حمأة الرذيلة ، وهاجم أعراض المسلمين ذلك أن رجال الأصول والفقه يرون أن تشريع الحكم بالإذن أو المنع منوط بغلبة المصلحة على المفسدة أو العكس حيث ثبت بالاستقراء أنه لاتوجد مصلحة لاتشتمل على مفسدة كما لاتوجد مفسدة لاتنطوى على مصلحة ، وفى ذلك يقول الشاطبى : « ليس فى الدنيا محض مصلحة ولا محض مفسدة والمقصود للشارع ماغلب منها (٢٧) وماسبق قوله فى الدفاع الشرعى دليل على ذلك .

تعليق على ما سبق :

وهكذا نصل إلى مايمكن قوله فى أن حكم الزنا والفسق والاضطلاع بمهام الدعارة فى القوانين المصرية المأخوذة عن القوانين الفرنسية أساساً مخالف تماماً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والتوراة والإنجيل حيث جعل الشارع الفرنساوى وبالتبعية الشارع المصرى . وجهته الأولى فى التشريع الرضا والإكراه والعلنية والاستتار وسن المجنى عليه ، وشرع فى الكل الحبس الثقيل والخفيف على حسب الظروف والوقائع كما سبق الحديث عنه (٢٨) .

---

(٢٦) يراجع الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٣١٣ الباب الثانى من كتاب الكراهية ومعين الحكام ص ١٧٤ ومنح الجليل ج ٤ ص ٥٤٢ .

(٢٧) الموافقات ج ٢ ص ٢٧ وانظر ماكتبه علماء الأصول فى حكم الفعل الذى له مآلات متعارضة وعلى سبيل المثال يراجع إرشاد الفحول للشوكانى ص ٢١٨ ط دار المعرفة ببيروت وانظر الأشباه والنظائر للسيوطى وابن نجيم فى مسألة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

(٢٨) انظر ما يتعلق بالقانون الصادر فى أكتوبر سنة ١٩٨٠ باستبدال مواد جديدة فى القانون المصرى بالمواد من ٢٨٨ ـ ٢٩٠ الوارد من الباب الخامس من الكتاب الثالث .

كما أن هذه التشريعات جعلت للزوج الحق فى إسقاط العقاب عن زوجته إذا شاء كما جعلت له دون غيره الحق فى اقامة الدعوى عليها أما عقاب الزوج الذى يزنى فى منزله المقيمة به زوجته الحبس والغرامة ويشترط فى عقابه أن تكون الشكوى من الزوجة دون غيرها فإذا زنا فى غير منزله بمتزوجة وبرضاها لم يشتك منه زوجها فلا عقاب عليه ولاعليها هذه أهم معالم مايتعلق فى هذا الشأن من حيث العقوبة والإجراءات .

وإن الإنسان ليعجب أليس من واجب كل مشرّع ، أيا كان موقعه أن يضع من التشريعات والنظم واللوائح والقوانين إلى آخر هذه المسميات مايتفق والعقلانية والتى هى مصلحة الجماعة وجوهر المصلحة هنا منع انتشار هذه الخبائث فى المجتمع لاسيا وأن العلم الذى فرضه الإسلام على أتباعه أوضح بأدلة قاطعة مايترتب على التهاون فى معالجة هذا الباب فالاكتشافات العلمية تترى وتتواكب مع الأيام لتؤكد صدق الصلة بين أمراض عديدة وبين إشاعة الفاحشة فى المجتمعات وعلى رأسها هذا المرعب العصرى المخيف والذى بدأ زحفه من موقع من يدّعون التحضر Non - prfention سقوط أو عدم المناعة والناس هنا بين أمرين لاثالث لهما إما العودة إلى شريعة ربهم وفيها من دفع الضرر عنهم مايكفل لهم حياة هانئة مستقرة وإما تجميد الأمور على وضعها الحالى ومن ثم فالضرر واقع لامحالة[٢٩] وليس فى شرع ربنا إلا المصلحة فكل مافيه ضرر يؤكد الشرع حرمته ويضع من الوسائل مايمنع هذا الضرر .

---

(٢٩) أثناء كتابه هذه السطور نشرت جريدة الأهرام القاهرية فى عددها رقم ٣٦٦٥١ الصادر فى ١٦ شعبان ١٤٠٧ هـ تحقيقًا صحفيًا تحت عنوان الخطر القادم من مواطن الغزو الأخضر جاء فيه أظهرت دراسة أمريكية على الشواذ الذين يفعلون ما كان يفعله «قوم لوط» وعاقبهم الله تعالى بجعل أعالى ديارهم سافلها وأمطر عليهم حجارة من سجيل فتبين أن نسبة المصابين بهذا المرض عام ١٩٨١ كانت ٤ ٪ منهم وفى عام ١٩٨٤ قفزت هذه النسبة إلى ٦٧ ٪ والسر فى ذلك أن حامل الفيروس لا تظهر عليهم أعراض المرض إلا بعد فترة طويلة من الإصابة به قد تمتد من ٦ أشهر إلى خمس سنوات وفى التحقيق أيضًا ما يفيد أن الدراسات المقارنة أثبتت أن أعراض المرض التى تظهر على المصابين فى أفريقيا هى نفسها التى تظهر فى أمريكا وأوربا وفى النهاية يؤكد التحقيق على أن من نتائج هذا الرعب المخيف المؤكدة الإصابة بأنواع عديدة من السرطان .

نحن إذن فى حاجة ماسة وملحة إلى القراءة والتمحص والعمل بما جاء به شرع ربنا فيما رواه الترمذى من حديث جابر بن عبد الله مرفوعًا «إنّ أخوف ما أخاف على أمتى عمل قوم لوط» وما حكاه ربنا فى قرآنه «أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين» .

وما روى عن على كرم الله وجهه من أنه كان يقتل من يفعل هذا الفعل بالسيف ثم يحرقه بالنار والحق ما ذكره القرآن الكريم فى عقوبة قوم لوط وازدواجها يتسق ورأى الإمام على تمامًا ذلك أن طبيعة هذا الفعل فاحشة تأباها البهائم العجماوات ولا تفعلها ترفعًا عنها فهل بعد هذا شبهة تثار ضد النصوص الشرعية الإسلامية بحجة أنها شريعة الرجم والقطع كما يقول بعض من طمس الله على بصائرهم وهل التحضر هو الأخذ بما أصدره مجلس اللوردات بانجلترا فى هذا الشأن –

وغنى عن البيان أن التحريم أو المنع فى الفقه الإسلامى يختلف قوة وضعفاً باختلاف قوة الضرر فما يكون أقوى ضرراً يكون أشد تحريماً ومالايكون فيه الضرر مؤكداً يكون من غير الحكم بالتحريم مكروهاً ومالا يثبت رجحان الضرر على النفع فيه يكون المكلف مخيراً ولا يظنن ظان أن نصوص الشرع الإسلامى فى جريمة الزنا جاءت على غير سبيل الحتم استناداً إلى ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت « لو ترك أول ما ترك لا تشربوا الخمر لقالوا لا ندع شربها أبداً ولو ترك لا تزنوا أولاً لقالوا لا ندع الزنا أبداً » لأن هذا النص جاء فى معرض التدرج فى التشريع فقد يكون الحكم المراد للشارع فى وقت ما شديدا لايحصل الغرض المقصود منه لما يترتب على تشريعه فى هذا الوقت من نفرة الناس من الدخول فى الإسلام فيبدأ ذلك بحكم مخيّر فإذا ما لقى منهم قبولاً وعملوا به ثم تقدم الزمن وشعر الناس من أنفسهم بالحاجة إلى غيره بعدما ظهرت مفاسد التخيير أو عدم تحصيله للمصالح وتهيأت النفوس للحكم الجديد جاء وحى السماء بالأمر الحتم[٣٠] .

وقد نحى المشرع الوضعى فى مصر منحى الاصلاح إلى حد ما وهذا أمر يحمد له فى بعض الجرائم كالمخدرات وهى احدى أجنحة الفساد فى الأمة ولو تدارك المشرع بعض ثغرات تشريعه فى قانون المخدرات لكانت نتائج ذلك أفضل ولو عاد بالناس إلى ما أنزل الله تعالى إلى التشريع الذى حرر أعناق الأمة من الرق الأعجمى ولم يترك خلفه ثقوباً تحتاج إلى ترقيع لكانت أحوال الناس قد تغيرت إلى الأفضل والأحسن يقيناً والزنا والفسق

= ووضع نصوص تشريعية سقيمة مريضة أصابها الهزال والكساح ؟؟ لا تجرّم هذا الفعل وهذا المرض إسمه بالإنجليزية «إيدز» الحروف الأولى من اسم هذا المرض (Acquered - Innano - Deficience - Sqdrome) ويسمى بالفرنسية «سيدا» وهو نقص المناعة المكتسب وقد عرف منذ ستة أعوام تقريبًا واجتذب انتباه الكون بأسره فى وقت قصير وقد بلغ عدد المرضى المسجلين رسميًا حتى الآن ٢٥٠٠٠ منهم حوالى ١٨٠٠٠ فى أمريكا ويؤكد العلماء الدارسون لهذا المرض أن ما نشاهده الآن هو قمة جبل الجليد الغاطس تحت ماء المحيط ـ وهذا يعنى أن الحقيقة أكثر كثيرًا مما نشر عنه ومن المتوقع أن ينتشر هذا المرض على مساحات واسعة من اليابسة فى الأعوام القليلة القادمة وهذا المرض يجعل الإنسان مثل دولة فقدت جيوشها وحصونها وخطوط دفاعاتها ومن ثم استباح الغزاة من كل صنف وجنس حرماتها وعاثوا فيها فسادًا حتى قضوا عليها .

(٣٠) انظر تعليل الأحكام لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٣٠٧ وقد جاء أمر السماء فى شأن عقوبة الزنا بالأمر الحتم يراجع فى تفصيل ذلك ما يتعلق بالتطور التشريعى لعقوبة الزنا وتفسير قوله تعالى «واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً ـ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابًا رحيما» النساء آية ١٥ ، ١٦ انظر على سبيل المثال الجامع لأحكام القرآن ج ٥ ص ٨٢ وما بعدها ط بيروت عن ط الأميرية فى مصر وتفسير أبى السعود ج ٢ ص ١٥٤ ط دار إحياء التراث العربى بيروت بدون تاريخ وفتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير لمحمد بن على الشوكانى ج ١ ص ٤٣٧ وما بعدها ط دار الفكر بيروت ١٤٠٣ هـ .

والدعارة والفجور جناح آخر للفساد فى الأمة يجب ازالته والقضاء عليه ولو أحسن المشرع الوضعى صنعاً لعاد بالناس إلى نصوص الشريعة الإسلامية فى شأن جرائم العقل والعرض وغيرهما ولايعنى ذلك قسوة فى العقوبة حيث يفهم البعض ولكنها المصلحة قطب كل التشريعات ومركز رحاها . وقد يكون تعطيل النصوص الشرعية فى هذا الشأن فيه مصلحة للبعض لكنه يقينا ليس فيه مصلحة للجماعة بكاملها وهنا نعود إلى المعين الصافى وما كتبه رجال أصول الفقه الإسلامى ونسأل . هل اعتبار المصلحة المرجوحة لاقيمة لها وكأنها غير موجودة يعدمها فى ذاتها وبذلك تبطل مناسبة الوصف للحكم لعدم اشتماله على مصلحة أو أن عدم اعتبار المصلحة لمرجوحيتها لايعدم حقيقتها وبالتالى لايبطل مناسبتها للحكم ؟؟.

يرى ابن الحاجب أن المصلحة المرجوحة لاقيمة لها على أساس أن النفع وإن كان قليلا يسمى نفعاً أيضاً لوجود الحقيقة فيه فالمفسدة وإن كانت راجحة لاتجعل النفع ضرراً لأن قلب الحقائق لايكون بالإعتبار وإنما يكون بذهاب الحقيقة بذهاب أجزائها كلها ومادام النفع باقياً فالحقيقة لاتزال موجودة(٣١) .

وبالرأى الثانى أخذ شيخ رجال القانون الجنائى الأستاذ الدكتور محمد نجيب حسنى وهذا أمر جدير بالذكر وهو فى هذا يقول « وينخذ عدم اعتراف القانون بالمصلحة صورة ترجح مصلحة أخرى عليها أى إنكار المصلحة المرجوحة فى الحدود التى يقضيها استعمال المصلحة الراجحة فإذا جاوزنا هذه الحدود عادت للمصلحة المرجوحة قيمتها القانونية وساغ أن يقوم بها الحق فى مدلوله القانونى ويتضح بذلك أن القانون لايهدد مصلحة فى ذاتها ولو قدر أنها تافهة فالأصل هو اعتراف القانون وحمايته لجميع المصالح طالما كانت مشروعة ولكن المصالح قد تتعارض فيما بينها بحيث لايكون متصوراً الإبقاء على بعضها إلا بإهدار البعض الآخر وعندئذ يتدخل القانون للتنسيق بين المصالح المتعارضة فيحدد ماهو جدير منها بالترجيح وبين الحدود التى تتبين فيها هذا الترجيح وعلى هذا النحو فإن عدم اعتراف القانون بالمصلحة يتخذ صورة جزئية مؤقتة لأنه لاينحصر فى الحدود التى ترجح عليها فيها مصلحة أخرى» (٣٢) وطبقًا لهذا القول الذى يحمى جميع المصالح المشروعة فإنه يمكن القول

---

(٣١) انظر ماكتبه علماء الأصول فى حكم الفعل الذى له مآلان متعارضان وعلى سبيل المثال يراجع إرشاد الفحول ص ٢١٨ والعضد على ابن الحاجب ج ٢ ص ٣٤٠ والموافقات ج ٢ ص ٢٧ و ج ٤ ص ٣٥٨ وما بعدها ويراجع مذكرة أصول الفقه لطلاب الدراسات العليا فى كلية الشريعة للأستاذ محمد أبو النور زهير ص ١٠٠ وما بعدها .

(٣٢) انظر أسباب الإباحة ص ٦٣ ويلاحظ أن مصدر هذا الفكر أساسًا علم الأصول بالأحكام الشرعية الذى وضع أساسه الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه وللمسألة تطبيقات كثيرة فى الفقه الإسلامى على أساس أن تتبع ضوابط المشروعات فى الشريعة الإسلامية يفيد أن الحكم بالإذن فى الأفعال يدور مع غلبة المصلحة على ما تشتمل عليه من مفسدة وللمسألة صلة بقضية تبدل الأحكام بتبدل المصالح وهى قضية يشهد لصحتها براهين كثيرة منها الاجماع والآثار .

سواء على المشرع الوضعى إن أخذ بالرأى الأول أو الثانى فإنه لامندوحة ولا عذر فى عودته إلى الأصل تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة وحتى يتمتع الناس بالعدل من منظور الشرع الإسلامى وهذا العدل مسئولية أولى الأمر فى قاطبة البلاد الإسلامية فحد الحرابة عدل لحماية الطريق والمجتمعات وحد السرقة عدل لحماية الأموال والممتلكات وحد جرائم الخمر والمخدرات على مختلف أشكالها عدل لحماية العقول وحد قذف الأعراض والزنا وجرائم دربه عدل لحماية الأعراض والقتل حداً أو قصاصاً عدل لحماية الدماء وتقنين جرائم التعازير والعمل بموجب هذا التقنين عدل ورحمة بالجموع وردع للذين يعيثون فى الأرض فساداً وإطلاقاً لحرية الناس فى العمل والانتاج أخذاً بيد أمة قال فيها ربنا سبحانه وتعالى «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر» فى إطار ماشرع الله من عدل جعل منه سلب حرية حيوان أعجم صغير جريمة عقابها جهنم وبئس المصير قال عليه الصلاة والسلام «دخلت النار امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعاً فلا هى أطعمتها إذ هى حبستها ولاهى تركتها تأكل من خشاش الأرض».

نحن فى تقديرنا فى حاجة ماسة وملحة إلى أمرين:

الأول: ولابد له هذا الترتيب ـ طرح الفكر الإسلامى على الناس جميعا بأسلوب عصرى. يحمل بين طياته السماحة ويقتلع أسباب القصور بين أبناء الدين الواحد ولايتم ذلك إلا بتنقية هذا الفكر من الشوائب التى أثارتها العصبيات والنعرات الطائفية ثم وضع منهج تعليمى لشبابنا يكون درعاً لهم ضد التعصب والعصبية شارباً لروح الدين(٣٣) حتى

والسنة قولاً وعملاً وتقريرًا ومن أمثلة ذلك ما أورده القرافى الفقيه المالكى رضى الله عنه فى أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه عندما قدم إلى الشام وجد معاوية بن أبى سفيان قد اتخذ الحجّاب وأرخى الحِجاب واتخذ المراكب النفيسة والثياب الهائلة العلية وسلك ما يسلكه الملوك فسأله عن ذلك فقال إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا فقال له «لاآمرك ولا أنهاك» ويعلق القرافى بقوله «ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسنًا أو غير محتاج فيكون قبيحًا فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والظروف والأحوال فلذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديمًا وربما وجبت فى بعض الأحوال وأيضًا أفتى الصحابة بجواز التسعير مع نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه لأنه وجدت مصلحة فى التسعير وابن القيم يقول فى ذلك «إن نهى الرسول صلى الله عليه وسلم لعدم وجود ما يقتضيه ولو كان لفعله» انظر الفروق للقرافى ج ٤ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤ الفرق الثانى والخمسون والمائتان ط عالم الكتب ببيروت بدون تاريخ وأعلام الموقعين ج ٣ ص ٣ وما بعدها وتعليل الأحكام لأستاذنا محمد مصطفى شلبى ص ٣٠٩ والحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده د/ فتحى الدرينى ص ١٢٧.

(٣٣) موضحًا فيه دون لبس علاقة الإنسان بربه وبأخيه المسلم وبأخيه غير المسلم وبالمجتمع كافة وبالكون كله عن طريق البحث والنظر فى الكائنات ودراسة علوم العصر على اختلاف لغاتها كما يوضح علاقة المسلم بالحياة وبذلك تضع إطاراً عامًا للتصور الحقيقى لفهم الشريعة الإسلامية والمملكة العربية السعودية تأخذ بهذا المنهج التعليمى لطلابها فى المدارس والجامعات وهذا أمر يجب التعويل عليه.

وإن اختلفوا فى فهم بعض النصوص فإن هذا الإختلاف لايؤدى إلى الخلف فى الغايات والمبادئ والأهداف ـ كما هو الحال الآن حيث جراح المسلمين تنزف دماً نتيجة البأس الشديد بينهم .

الثانى : إن أمر العودة إلى النصوص الشرعية الإسلامية ليس فيه خيار بالنسبة لجميع المسلمين لكن كيف ومتى ؟.. هذا أمر يجب البدء فيه دون تأخير مع الأخذ بمعيار ثابت الضوابط حازم الإدارة فى خروج أى من المسلمين على قضية العقيدة أولاً حيث تفشت بين الناس بعض المظاهر التى تهدم قضية العقيدة وتتناقض معها كالفطر فى نهار رمضان عمداً دون عذر وكترك الصلاة عياناً جهاراً ويكفى أن نطبق حكم الإسلام فى ذلك وفى مثله ويكون جواباً على كلمة كيف ثم يكون بعد ذلك توثيقاً مناسباً لأمر العودة الحقيقة لروح الشرع والأمر على غير ذلك ينبنى عليه مجتمع إسلامى وهمى مكتوب على الورق أو الصحف أو أجهزة الإعلام عموماً هيكله هش تعصف به رياح التحريف العاصفات القادمة من بلاد اعداء الإسلام .

الفصل الثانى
« تحليل لبعض العقوبات البدنية »

المبحث الأول
« عقوبة الجلد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى »

أولاً : هذه عقوبة بدنية أصلية وليست تبعية أساسية وليست فرعية يجب اعمالها فى بعض جرائم الحدود كما أنها من العقوبات المقررة فى جرائم التعازير وهى عقوبة قال عنها الإمام ابن القيم « وأما الجلد فجعله الله عقوبة الجناية على الأعراض وعلى العقول وعلى الإبضاع ولم تبلغ أكثر هذه الجنايات مبلغا يوجب القتل ولا إبانة طرف »(٣٤) وأحياناً ترتبط بعقوبة الجلد عقوبة أخرى كالنفى أو التغريب حتى يجمع بين الألمين البدنى والنفسى فيكون الزجر والردع أقوى أثراً وأعظم شأنا .

والملاحظ أن القاسم المشترك الأعظم لجرائم التعازير عقوبة الجلد ويعلل ذلك المرحوم عبد القادر عوده من وجهة نظره بما يلى :

١ ـ أنها ذات حدين حيث يمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذى يلائم جريمته ويلائم شخصيته فى آن واحد .

٢ ـ أنها أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين الخطرين الذين طُبعوا على الإجرام أو اعتادوه .

٣ ـ أن تنفيذها لا يمثل عبثاً يقع على كاهل السلطات المختلفة المختصة ولا يعطل المحكوم عليه عن الانتاج ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أو الحرمان كما هو الحال فى الحبس(٣٥) وإضافة على ماسبق قوله يمكن أن نضيف مايلى :

٤ ـ أنها عقوبة أجيزت شرعاً لمن عرف بالفجور وكان متهماً فى إحدى القضايا وسند ذلك أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أمر الزبير بن العوام بتعذيب المتهم الذى غيَّب ماله

---

(٣٤) انظر أعلام الموقعين ج ٢ ص ١١٦ .

(٣٥) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٩٠ .

حتى أقربه فى قصة ابن أبى الحقيق[٣٦] ولعل هذا الإجراء أحد وسائل قمع أهل الشرك والعدوان ولذلك أجازت الشريعة حبسهم وجلدهم وقد ذكر القرافى عند حديثه عن أقسام الحبس جواز حبس هذه النوعية من الناس [٣٧] وفى ذلك تحقيق لهدف هام من أهداف العقوبة وهو الردع والزجر ومن ثم فإنها عقوبة غير ثابتة الحكم العددى فيما عدا الحدود وعليه فإنها يمكن أن تتغير زيادة ونقصًا باختلاف الأفراد والظروف الاجتماعية للأمة [٣٨] .

٥ ـ أنها عقوبة مزدوجة بمعنى أنها فرضت فى بعض جرائم الحدود على سبيل التقدير القاطع فلا يجوز نقصانها أو زيادتها عما حدد الشرع كما أنها عقوبة مفضلة فى جرائم التعازير شديد الخطورة ، لأنها بحكم طبيعتها أكثر العقوبات التعزيرية ردعًا مثل جريمة شرب المسكر[٣٩] وقد استخدمها الحكام والسلاطين من المسلمين فى جرائم اجتماعية عديدة فكانت لها ثمارًا طيبة[٤٠] .

(٣٦) الطرق الحكمية ص ١٠٤ ط دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ .

(٣٧) الفروق ج ٤ ص ١٣٤ وانظر الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٠ .

(٣٨) وفى الحديث عن السائب بن يزيد كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمرة أبى بكر وصدرًا فى خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتّوا وفسقوا جلد ثمانين» ومثل هذا النص النبوى وفيها رواه قتادة عن أنس رضى الله عنهما انظر صحيح البخارى ج ٨ ص ١٣ ـ ١٤ ط استانبول ١٤٠١ هـ .

(٣٩) انظر ما كتبه أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى تحت عنوان أحكام زاجرة اقتضتها الحالة لم تكن فى زمن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بها الصحابة رضى الله عنهم رفعًا لمفسدة متحققة وقد ضرب أمثلة لهذا النوع من الأحكام منها عقوبة شرب المسكر وانتهى وبحق إلى أن عقوبة شرب المسكر تعزيرية لا حدية ـ ومما قاله فى هذا الشأن والمشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرهم بالضرب فيضرب كل واحد بما يجده وهذا لا يتفق وقضية التحديد مع أنه كان يأمرهم أحيانًا بتبكيته وطورًا يحثو فى وجهه التراب » والعجيب أن أكثر مفكرى الإسلام يرون أن هذه العقوبة حدًا أنظر على سبيل المثال تبين الحقائق للزيلعى ج ٣ ص ١٩٥ باب حد الشرب ط دار المعرفة بيروت نسخة مصورة عن ط الأميرية فى مصر ١٣١٣ والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٦٤ مسألة رقم ٢٢٨٧ ط مكتبة دار التراث وفى الفقه المالكى انظر الشرح الصغير ج ٦ ص ٥٨ ط عيسى الحلبى مصر والشيخ الشربينى الخطيب يرى أن الشارب للمسكر يجلد جوازًا ثمانون منها أربعون حدًا وأربعون تعزيرًا ج ٤ ص ١٨٩ ط الحلبى ١٣٧٧ هـ وفى الفقه الحنبلى يراجع المبدع فى شرح المقنع ج ٩ ص ١٠٠ ط المكتب الإسلامى بيروت ١٣٩٩ ـ والحق أن الإمام ابن القيم سبق أستاذنا الشيخ شلبى إلى هذه الحقيقة حيث ذكر صراحة عند حديثه عن موجب الجلد أنها عقوبة ترجع إلى اجتهاد الإمام فى المصلحة انظر الأعلام ج ٢ ص ١١٦ ط مكتبة الكليات الأزهرية وتعليل الأحكام ص ٥٩ وما بعدها ط دار النهضة العربية بيروت ١٤٠١ هـ .

(٤٠) ذكر ابن فرحون فى تبصرة الحكام أمثلة كثيرة وعديدة فى هذا الشأن منها أن الإمام مالك رضى الله تعالى عنه كان يأمر السلطان إذا أتى بالرجل وبه الرائحة من الشراب ولم يثبت عليه أنه سكر وكان قد حد فى ذلك أن يضرب أدبًا خمسة وسبعين سوطًا وقال أصبغ لا أرى به بأسًا إذا كان سفيها . يراجع ص ١٣٢ وما بعدها ج ٢ ط دار الكتب العلمية بيروت مصورة عن ط مصر ١٣٠١ هـ .

٦ ـ أنها بديل إسلامى عن بعض عقوبات الحبس الثقيل أو الخفيف ذات حدين أو أثرين الأول الردع للجانى والزجر لغيره وهذا أمر مطلوب فى أية عقوبة يضعها أى مشرع كان والثانى أنها تكفى الناس شر المحبوسين بعد خروجهم مؤهلين للجريمة بكل أصنافها عاقدين العزم على فعل مايقلق المجتمع حيث لاتقوى ـ من الناحية العلمية ـ التدابير الوقائية من الوقوف فى وجه أمثال هؤلاء المحبوسين سابقاً المؤهلين بفساد الأخلاق واعتياد التعطل والنفور من العمل المفيد فالجلد عقوبة تمس مباشرة أعماق النفس الأمارة بالسوء لتخرج ما بها من عوامل الفساد والزيغ عن الصراط .

٧ ـ أنها توصف وتقيد على أنها عقوبة حديه وبالمثل عقوبة تعزيرية وفى الحالة الأولى لامجال للزيادة فيها أو النقص وفى الحالة الثانية يمكن وضع حد أدنى لها كما يمكن وضع حد أعلى لها ولعلها فى حدها الأدنى تشبه العقوبات الإدارية التى تملك السلطات المختصة مجازات العاملين بها عندما تفصح عن رغبتها فى مجازاة أحد موظفيها بموجب قرار إدارى مسبب .

والقاضى المسلم له أن يختار من بين الحد الأعلى والحد الأدنى لعقوبة الجلد مايلائم الوقائع المعروضة أمامة مراعياً الأشخاص ومكانتهم الاجتماعية وظروفهم ودوافع الجريمة والعود إليها من عدمه .

وفيما يتعلق بالحد الأعلى والأدنى لعقوبة الجلد التعزيرية فقد ذهب المالكية إلى القول بأن الحد الأعلى متروك لولى الأمر لاتفاق ذلك مع طبيعة وغاية العقوبة لأن التعزير يكون للمصلحة وعلى قدر الجريمة وولى الأمر عليه أن يجتهد فى هذا الشأن وينفذ إجتهاده حتى ولو إنبنى عليه أن يضرب من أتى بالسلوك المجرّم أكثر من المقرر لجرائم الحدود[٤١] وفى ذلك يقول القرافى مانصه (ومذهب مالك رحمه الله تعالى أنه يجيز فى العقوبات فوق الحد ومشهور المذهب أنه يزاد على الحدود وقد أمر مالك بضرب رجل وجد مع صبى قد جرده وضمه إلى صدره فضربه أربعمائة فانتفخ ومات ولم يستعظم مالك ذلك)[٤٢] .

وابن الهمام الحنفى أورد مايفيد أن الإمام أبو يوسف يرى أن التعزير بالجلد يمكن أن يبلغ به ولى الأمر خمسة وسبعون سوطاً وقد نُسب إلى السرخسى رأياً يفيد الإطلاق فى عدد الجلدات تعزيراً وهو بهذا الرأى الذى نقله عن السرخسى يتفق والمشهور من المذهب

---

(٤١) انظر أعلام الموقعين ج ٢ ص ١١٧ وأحكام الأسرة فى الإسلام لاستاذنا محمد مصطفى شلبى ص ٤١٢ وما بعدها ط . دار النهضة العربية بيروت ١٣٩٧ هـ . ومما هو جدير بالذكر أن هذا القول يتحفظ عليه كثير من العلماء من المالكية وغيرهم انظر الشرح الصغير ج ٦ ص ٢٣٦ طبعة الحلبى .

(٤٢) الفروق ج ٤ ص ٢٠٤ الفرق الثامن والأربعون والمائتان بين قاعدتى الحدود والتعاذير .

المالكى وعبارة ابن الهمام هى مايلى وقد وردت فى موقع التعليل لما ذكره (أن الزجر عن الأفعال السيئة كى لاتصير ملكات فيفحش ويستدرج إلى ماهو أقبح وأفحش فهو واجب وذكر التمرتاشى عن السرخسى أن التعزير ليس فيه شيء مقدر بل مفوض إلى رأى القاضى لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفه فيه)(٤٣) .

ومع أن أكثر الآراء ترى أن التعزير جلداً يجب أن لايزيد عن تسعة وثلاثين سوطاً إلا انهم مع ذلك يرون أن تنفيذ الجلد يتحتم فيه وصف الشدة والقوة أكثر من الحد ويعللون ذلك بأن الجلد تعزيراً يكون ناقص المقدار فلا يخفف ثانياً كى لايؤدى إلى تفويت المقصود وهو الزجر(٤٤) .

وهذا يعنى أن المذاهب الفقهية جميعاً وإن اختلفت فى مقدار عدد الجلدات من حيث الحد الأدنى والأعلى(٤٥) إلا أن مناط الأمر كله هو تحقق الزجر والردع فمتى تم ذلك تم المقصود وإن لم يتم ذلك عند من يرى أن عقوبة الجلد تعزيرًا يجب أن لا تصل إلى العقوبة المماثلة حدًا ــ فليس هناك ما يمنع من تكرار وتشديد العقوبة عند العود حتى يتم الهدف منها ولهذا جاء فى بعض الروايات أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه كان إذا أتى بالرجل الضعيف تكون منه الزلة جلده أربعين بخلاف الفاجر المصر على الكبيرة فإن عقابه أشد وأعظم .

---

(٤٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٥ ط . الحلبى .

(٤٤) المصدر السابق ص ٣٥١ .

(٤٥) لا أظن أن طبيعة البحث تحتم تفاصيل مسألة الحد الأعلى والأدنى لعقوبة الجلد التعزيرية لأن روح التشريع تعنى أن الغاية من العقوبة هو الزجر والردع فحيثما تم ذلك فالأمر يكون غاية الشرع وفى المسألة اختلاف بين أساسه التمسك ببعض النصوص النبوية عند البعض بينما يرى البعض الآخر أن هذا النص منسوخ وللمزيد يمكن النظر فى مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ والبحر الرائق ج ٥ ص ٥١ ونهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠١ والكافى ج ٤ ص ٢٤٢ كما أنه من الجدير بالذكر أن الحديث النبوى الشريف نص على « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا فى حد من حدود الله » أخرجه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة مع اختلاف محدود فى العبارة انظر صحيح مسلم ج ٥ ص ١٢٦ والبخارى بشرح العينى ج ٢٤ ص ٢٣ سنن أبى داود ج ٤ رقم ٤٤٩١ والجامع الصغير ج ٢ رقم ٩٩٥١ وعلى الرغم من ذلك فالثابت أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بالجلد مائة سوط على كل من ذور خاتم بيت المال وقد اعتبر بعض الفقهاء أن الحديث منسوخ ولكن قادة المذهب المالكى أوّلوه بأنه مختص بزمن النبى صلى الله عليه وسلم انظر شرح النووى على صحيح مسلم ج ١١ ص ٢٢١ وما بعدها .

عقوبة الجلد فى القانون الوضعى

اندثرت هذه العقوبة ـ اليوم فى أغلب القوانين الوضعية إلا أنها لا تزال عقوبة معترف بها فى بعض قوانين بعض الدول مثل انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية فما يزال الجلد إحدى العقوبات الأساسية فى القانون الجنائى فى هذه البلاد ـ والجلد من العقوبات التى ـ كان القانون المصرى يعترف بها ويطبقها حتى سنة ١٩٣٧ م وكانت وسيلة يعّول عليها فى تأديب الأحداث ثم ألغيت تقليدًا للغير.

على أن أغلب الشراح اليوم يفكرون فى العودة إلى تقرير هذه العقوبة ويسعون فى وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ وقد اقترح فعلاً فى فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدى الشديد التى تقع على الأشخاص وذكر تأييدًا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورًا مخيفًا وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات.

وأن الإجرام تغير مظهره عن ذى قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة وأن لا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد[٤٦].

بيد أنه يوجد اتجاه مضاد لهذا الرأى ليس بالهين حيث أن أغلب علماء العقاب المعاصرين يعارضون هذا النوع من العقوبة على أساس أن مضارها أكثر من نفعها فهى تحطم كرامة المحكوم عليه حين يتعرض للجلد مما يؤدى إلى النفور من الألم البدنى لشدة وقعه على البدن كما أنها من جهة أخرى تحطم معنويات المحكوم عليه بهذه العقوبة ثم إن الجزاءات البدنية عمومًا تخلق جوًا من الكراهية فى العلاقة بين المحكوم عليهم والقائمين على إدارة المؤسسة العقابية وتجعل التعاون بين الفريقين عسيرًا مما يهدد بإفساد جهود التهذيب والتأهيل[٤٧].

والحق أن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون تلك ميزة يجب الاستفادة منها بعودة هذا النوع من العقاب لإرهاب من تسول له نفسه بالإقدام على السلوك المجّرم، كما أن مسألة احترام مجرم تأصل فى إجرامه أمر لا محل له فى العقاب لأن هذا المجرم ذاته لم يوفر لنفسه ما يجب من احترام.

فهل هذا يعنى إلزام سلطات الأمة بتوفير هذا اللون من التعامل معه حرصًا على صيانة المحكوم عليه بدنيًا ونفسيًا ؟؟..

وثمة أمر آخر جدير بالذكر هنا هو أن الجزاء التأديبى البدنى قد تلاشى أو كاد ليحل محله

---

(٤٦) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٣٦ ـ ٦٣٧ نقلاً عن الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٣ وما بعدها.

(٤٧) دروس فى علم الاجرام وعلم العقاب د. نجيب حسنى ص ٣٤٥.

نظام آخر وهو نظام عقابى يستهدف المساهمة فى التهذيب تمهيداً لتأهيل هؤلاء المجرمين على أن تتخذ المكافآت مكانًا هامًا إلى جانب هذا النظام ـ لكن الواقع العملى يؤكد عدم فاعلية كل هذه النظم الأخرى البديلة عن العقاب البدنى ـ ولا بأس من أن يقوم المشرع بحصر جرائم معينة لاسيما التى تدل على القسوة وعدم المبالاة ويضع لها عقوبات بدنية ... تتناسب وظروف كل مجرم وجريمته إلى جانب بعض العقوبات الأخرى إن رأى المشرع أن فى ذلك فائدة كالحبس أو الغرامة المالية أو ما شابه ذلك ، والتشريع العقابى المصرى مازال يعترف ... بالجزاء البدنى م ٤٣ ، ٤٤ من قانون تنظيم السجون(٤٨) . ولو قام بفتح قنوات اتصال ولو محدودة مع الرأى الذى مضمونه أن هناك إرتباطًا حتميًا بين وسيلة ومقدار العقاب البدنى وظاهرة الإجرام لكان أجدى ؛ لأن السياسة العقابية عند أى مشرع لاشك تؤثر إيجابًا أو سلبًا على ظاهرة الإجرام ، وآية صدق ذلك أنه فى أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقتها على المدنيين فى جرائم التموين والتسعير وغيرهما وأعطت نتائج جميلة وهذا يعنى : أنها عقوبة أجدى من غيرها وتحمل الناس على طاعة القانون ـ وثمة مثال آخر لبيان تأثير السياسة العقابية على ظاهرة الإجرام .. حيث ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات فى تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم ، وهم طائفة منحرفة فاسدة وبرفع أو اسقاط هذه العقوبة عن هذه الفئة لا شك أن النتائج تكون سيئة وضارة على المسجونين وعلى غيرهم ، وهكذا فإن المشرع لو استبدل بعقوبة الحبس هذه العقوبة فى مواضع كثيرة لكان ذلك أجدى سبيلاً إلى الإصلاح .

ولو لم تكن لهذه العقوبة من ميزة إلا أنها تحمى المحكوم عليه من شر السجون لكفى ـ ذلك أن عقوبة السجن تعطى السجين فرصًا كبيرة للاتصال بغيره من المسجونين الخطرين حيث تلعب القدوة السيئة دورها فى تمجيد الجريمة والمباهاة بها ، بل إنها تفتح عينيه على .. ضروب من صنوف الإجرام أكثر خطرًا وأشد جرأة ومن ثم تلعب عقوبة الجلد دورًا هامًا فى استقرار الأمور وعدم عودة الجانى للخطر الإجرامى مرة أخرى .

كما أن قصور الامكانيات فى شأن تأهيل الجانى بعد الإفراج عنه من السجن يجعل من

---

(٤٨) جاء فى البند ٢٤٩ من النظام الداخلى للسجون أن عقوبة الجلد بالنسبة للبالغين يكون تنفيذها على الظهر بالجلدة « ذيل القط » التى تصرف من مصلحة السجون لهذا الغرض وأن الأحداث يكون جلدهم بعصا. رفيعة من المختبر استعمالها بمعرفة مدير عام السجون ـ كما تنص الفقرة السابعة للمادة ٤٣ من قانون السجون على جلد المسجون بما لا يزيد على ٣٦ جلدة وأن يستبدل الجلد بالضرب بعصا رفيعة بما لا يجاوز عشرة عصى إذا كان عمر المسجون أقل من سبع عشرة سنة وذلك كعقوبة تأديبية يجوز توقيعها على المسجون لسوء السلوك أو مخالفة النظام .

اليسير أن يتجاذبه رفقة السوء وتبتلعه دوامة شك الناس فى سلوكه مما يحدث له إنتكاسة فيعاود إجرامه مرة أخرى بصورة أشد فتكًا بالمجتمع وأكثر فنية وخبرة فى تعكير صفو حياة الناس، وهنا تكون عقوبة الجلد أشد أثرًا لأنها تمس جانبًا نفسيًا منه فتردعه وتزجر غيره وقد إتجهت التشريعات الغربية الآن لإعادة النظر فى هذه المسألة وقد أدلى أحد النزلاء فى إحدى سجون الولايات المتحدة الأمريكية بولاية أتلانتا بالتقرير التالى :

«إننى أعلم أن السجون مخطئة لأنها تعلن بصراحة أنها مجتمع يعمل على وضع نظام لنمو الشخصية الإجرامية مجتمع يحاول خلق إتمام أحد البرامج الخاصة بنشر الاتجاهات المعادية للمجتمع مجتمع يحاول خلق مؤسسات تعمل على تخريج المجرمين بنسبة كبيرة وإذن فلا توجد هيئة أكثر دقة أو تأثيرًا لبلوغ هذه الأهداف من السجن»(٤٩) .

وفى مصر الإسلامية يكفى الاطلاع على أحد تقارير السجون لتجد كمًا هائلاً من المساجين من له سوابق ومن ليس له، والأغلب الأعم منهم كان الأولى لهم وللسلطات المختصة وللأمة جمعاء ـ إما وقف تنفيذ العقوبة لمن يتوسم القضاء فيهم أنهم أهل لذلك وجلد من هو ضالع فى الإجرام أو العائد عليه لردعه وزجر غيره .

وهذا نموذج من أحد تقريرات السجون المصرية من ١٩٣٠ ـ ١٩٦٩ م :

---

(٤٩) فلسفة العقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون د / فكرى عكاز ص ٣٤٨ نقلاً عن مبادئ علم الإجرام وانظر النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ا ـ د صبحى المحمصانى ج ١ ص ١٢٠ رما بعدها وانظر معنى التعزير فى نفس المصدر ص ١٢٩ وراجع له جواز التشريع من قبل السلطان فى مؤلفه فلسفة التشريع فى الإسلام ص ٢٥٥ ط دار العلم للملايين الرابعة سنة ١٩٧٥ م .

عدد السوابق	السنة		
	١٩٦٢	١٩٦٧	١٩٦٨
مساجين ليس لهم سوابق	٣٦٤٢	٥١٤٩	٤٨٩٢
مساجين لكل واحدة منهم.. سابقة واحدة	٨٩٩	٥٢٤	٤٣٣
مساجين لكل واحد منهم سابقتين	٥٦٥	٣٨٤	٤٢٩
مساجين لكل واحد ثلاث سوابق	٢٤٧	١٩٧	١٦٦
مساجين لكل واحد منهم أربع سوابق	١٨٧	١٤٠	٩٩
من ٥ ـ ١٠ سوابق	٨٢٠	٧٩٠	٤٩٣
من ١١ ـ ٢٠ سابقة	٤٧٦	—	١٥٤
من ٢١ ـ ٣٠ سابقة	٥٧	—	٣١
أكثر من ٣٠ سابقة	١٠	—	٣٢
السوابق غير معلومة	١٦٥٠٠	١٢٠٥٠	١١٧٣١
جملة المسجونين	٢٣٤٠٣	١٩١٣٤	١٨٢٧١

وأول المرئيات عن هذا التقرير وأمثاله أن بعض المجرمين له أكثر من ثلاثين سابقة فى عالم الإجرام ومازال مسلسل الحبس بالنسبة له قائم مستمر ـ فهل جرب المشرع عقوبة الجلد بالنسبة لهذا وأمثاله ونظر هل هذا أزكى له وأطهر للأمة أم لا ـ ونحن كأمة مسلمة معاصرة أولىٰ الناس بتشريعاتنا تطبيقًا ـ لاسيا وأن حكام المسلمين وأولى الأمر منهم أقاموا عقوبة الجلد تعزيرًا وحدًا من عهد سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وحتى آخر يوم كان للشريعة الإسلامية سلطانها التشريعى على أتباعها قبل أن تستورد تشريعات ملأى بالثقوب إتسعت على الراقع ولم نجد من فقهاء المسلمين أو ولاتهم من قال بأن هذه العقوبة غير جائزة أو شكك فى صلاحيتها أو استحسن عليها غيرها على سبيل الاطلاق والفقه الإسلامى يعطى ضمانات كافية لتنفيذ هذه العقوبة .

وهذا علاء الدين الكاسانى الفقيه الحنفى يقول فى شأن الجلد حدًا لا تعزيرًا «يشترط أن لا يكون فى إقامة الجلدات خوف الهلاك لأن هذا الحد شرع زجرًا لا مهلكا ومن ثم

فلا وجه لإقامته فى الحر الشديد أو البرد الشديد لما فى الإقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يجلد مريض حتى يبرأ حتى لا يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب ولا يقام على المرأة النفساء حتى ينقضى نفاسها لأن النفاس نوع مرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر ولا يجمع الضرب فى عضو واحد لأنه يفضى إلى تلف ذلك العضو أو إلى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الأعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين ـ وقد روى عن سيدنا على بن أبى طالب رضى الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال «إتق وجهه ومذاكيره» والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس بل إن أبا يوسف يرى عدم جواز ضرب الصدر والبطن»[٥٠] .

وهذا الجلد حدًا ولاشك أن الجلد تعزيرًا أخف وطأة وأحسن حالاً وما سبق من قول الكاسانى وغيره فى عقوبة الجلد حدًا أو تعزيرًا[٥١] يعنى أن مقصود الشرع من هذه العقوبة هو الإصلاح لا غير ولذلك يرى الفقهاء أنه إن غلب على الظن أن الجلد لا يفيد لم يجز وإلا فالضمان على من أصدر قرار الضرب لأنه ضرب فى غير موضعه فيقع تعديًا وإسرافًا يوجب الضمان بل إن بعضهم يرى أن الضرب أو الجلد فى ظل الظروف العادية يوجب الضمان عند التلف لأنه ضرب غايته التأديب وهو حق واستعمال الحق يقيد بالسلامة[٥٢] كما أن الرأى الفقهى الذى يرى تفويض أهل الاختصاص على سبيل الاطلاق فى مقدار الجلد حتى وإن زاد على الجلد المقرر شرعًا مناطه أن لا يكون هناك تجاوز عما يكفى لزجر الجانى أما فى عقوبة الجلد الحدية فالأمر لا يحتمل زيادة ولا نقصان فإن كانت هناك فتلف المحدود وجب الضمان بالاتفاق وفى ذلك يقول الفقيه ابن قدامة «ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة أن لا يضمن من تلف بها وذلك لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به لأنه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوبًا إلى الله تعالى وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لأنه تلف

---

(٥٠) البدائع بتصرف يسير ج ٧ ص ٥٩ ط دار الكتاب العربى .

(٥١) انظر على سبيل المثال مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ والمغنى ج ٨ ص ٣١٧ والدسوقى ج ٤ ص ٣٢٢ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ والمهذب ج ٢ ص ١٨٢ ، ١٨٨ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٦ ، ٣٠٨ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٣ .

(٥٢) نهاية المحتاج ٨ ص ٢٠٨ ومنح الجليل ج ٤ ص ٥٥٦ والأشباه لابن نجيم ص ٢٨٩ وراجع ما وضعه الفقهاء من شروط لآلة الجلد ومن شروط للمنفذ «الجلاد» .

بعدوانه فأشبه ما لو ضربه فى غير الحد »[٥٣] .

وهكذا جميع أحكام الشارع الإسلامى لم تشرع لغير أسباب اقتضتها أو مصالح قصدت إليها ولم تشرع تحكمًا أى لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان القوانين وإنما شرعت لأسباب اقتضت تشريعها ومقاصد عمد الشارع إلى تحقيقها هى تحقيق مصالح العباد ودفع الضرر والحرج عنهم وجلب النفع لهم .

وأليس عجبًا إذن أن يبلغ الناس فى تقليدهم الأعمى للغرب مبلغا ـ يجعلهم يستوردون أفكارًا تشريعية لتتحكم فى حياتهم بكافة أبعادها ومن ثم يعطلون شرع الله اشتهاء لفكرة حبس فاعلية الإسلام بين جدران المساجد وفى ذلك أخذ للإسلام بجريرة التشريعات الفقيرة فى مضمونها الاجتماعى والتشريعى ومن عجب أكثر أنهم يتركون المفيد ويطبقون غير المفيد باسم التحضر والمدنية[٥٤] .

المبحث الثانى

« عقوبة القطع فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الوضعى »

المطلب الأول

« نظرة عامة »

هذه عقوبة وضعها الشارع الحكيم مزدوجة الأثر والنتائج فهى فى أحد شقيها أو شقها الأول زاجر ورادع لصيانة النفوس وفى الشق الثانى زاجر ورادع لصيانة الأموال ولذلك درج مفكرو الشريعة الإسلامية فى جميع المذاهب على علاج ما يتعلق بهذه العقوبة فى شقها الأول قبل شقها الثانى ولعل مرجع ذلك عندهم أن النفس أصل والمال تابع حيث

---

(٥٣) المغنى ج ٨ ص ٣١١ والفقيه الماوردى فى معرض حديثه عن وجوه الاختلاف بين الحد والتعزير روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرهب إمرأة فأخمصت بطنها فألقت جنينًا ميتا فشاور عليا رضى الله عنه وحمل دية جنينها ـ الأحكام السلطانية ص ٢٣٨ ط الحلبى .

(٥٤) أفاض المرحوم الشهيد عبد القادر عودة القول فى عقوبات الحبس وعيوبها وقدّم من واقع السجلات الرسمية لمصلحة السجون وغيرها ما يقطع بأفضلية عقوبة الجلد على عقوبة الحبس فى السواد الأعظم من الجرائم التى يعاقب عليها القانون الجنائى بالحبس انظر ج ١ ص ٧٣٢ وما بعدها .

خلقه الله للنفس متاعًا ووقاية لها قال تعالى : «خلق لكم ما فى الأرض جميعًا» .
والشريعة الإسلامية تعاقب بالقطع على مايلى :

أولاً : السرقة الصغرى :

والقطع فيها امتثالاً لقول الله سبحانه وتعالى : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم»(٥٥) .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل فى نطاقه ومفهومه اليد والرجل بدليل أنهم قالوا لو سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى فإن عاد ثانية قطعت رجله اليسرى(٥٦) .

كما أن السنة النبوية المطهرة جاءت تؤكد النص القرآنى السابق فى مواضع كثيرة ومتعددة فقد روى البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

«لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده» قال الأعمش كانوا يرون أنه بيض الحديد والحبل كانوا يرون أنه منها ما يساوى دراهم .

كذلك ما روى عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فى مجلس فقال :

«بايعونى على أن لا تشركوا بالله شيئًا ولا تسرقوا ولا تزنوا وقرأ هذه الآية كلها فمن وفّى منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئًا فعوقب به فهو كفارته ومن أصاب من ذلك شيئًا فستره الله عليه إن شاء غفر له وإن شاء عذبه»(٥٧) .

ولقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت :

---

(٥٥) المائدة آية ٣٨ .

(٥٦) انظر ما نسبه ابن قدامة إلى سيدنا عمر بن عبد العزيز فى هذا الشأن ج ٨ ص ٢٦٤ ويراجع الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٦ وتبين الحقائق ج ٣ ص ٢١١ وما بعدها وعمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم قرشى من بنى أمية خليفة صالح قيل فيه خامس الخلفاء الراشدين لعدله وحزمه وهو من كبار التابعين ولد ونشأ فى المدينة وولى إمارتها للوليد ثم أستوزره سليمان بن عبد الملك وولى الخلافة بعهد من سليمان بن عبد الملك عام ٩٩ الأعلام للزركلى ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٥٧) صحيح البخارى ج ٨ ص ١٥ ط أستانبول وعبادة بن الصامت بن قيس أبو الوليد أنصارى خزرجى صحابى من الموصوفين بالورع شهد بدرًا وما بعدها قال ابن سعد كان أحد النقباء بالعقبة وآخى النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين مرثد الغنوى وابن يونس قال إنه شهد فتح مصر وهو أول من ولى القضاء بفلسطين مات بالرملة أو بيت المقدس ولد ٣٨ ق هـ وتوفى ٣٤ هـ الاصابة ج ٢ ص ٢٦٨ والاعلام ٣٠/٤ .

«كانت المرأة المخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها» والصحيح أن جحد العارية وصف للمرأة لا سبب لقطع يدها وهذا النص رواية مسلم. وقد روى البخارى ومسلم أن قريشًا أهمهم شأن المرأة المخزومية التى سرقت فقالوا: من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقالوا ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلمه أسامة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتشفع فى حد من حدود الله» ثم قام فاختطب ثم قال «إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»(٥٨).

ثانيًا: السرقة الكبرى «الحرابة»:

إمتثالاً لقوله تعالى: «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادًا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف»(٥٩).

والشريعة الإسلامية فرضت لجريمة الحرابة أو السرقة الكبرى عقوبات أربع هى القتل - القتل مع الصلب - القطع - النفى.

والفقيه الزيلعى يقول هنا «أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازًا لضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصّبه الإمام لحفظ الطريق من الكُشّاف وأرباب الإدراك فكان سرقة مجازًا ولذا لا تطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلاً ولزوم التقييد من علامات المجاز»(٦٠).

فهى جريمة إذن يدخل فى عناصرها المكونة لها ما يكاد يشبه جريمة السرقة الحقيقية فهى سرقة باعتبار أن قاطع الطريق أخذ المال خفية عن عين الإمام الذى عليه حفظ الطريق وكبرى بمناط ضررها الواقع لأن السرقة الحقيقية والمجازية وإن إتفقتا فى عموم الضرر على

---

(٥٨) انظر كتاب الحدود فى البخارى ما جاء فى كراهية أن يشفع فى الحدود وانظر تعليق صاحب نصب الراية جمال الدين ابى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى متوفى ٧٦٢ هـ ومما قاله أن الروايات اختلفت فى قصة هذه المرأة والذين قالوا سرقت أكثر من الذين قالوا إستعارت وهذا يعنى أن جحد المتاع لم يكن سببا فى قطع يدها ج ٣ ص ٣٦٥ ط دار المأمون القاهرة ١٣٥٧ هـ وعائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها الصديقة بنت أبى بكر رضى الله تعالى عنه أفقه نساء المسلمين كنّيت بأم عبد الله وكان أكابر الصحابة يراجعونها فى أمور الدين وكان لها موقف معروف من الإمام على رضى الله تعالى عنه ولدت ٩ ق هـ وتوفيت ٥٨ هـ الإصابة ٣٥٩/٤.

(٥٩) المائدة آية ٣٣.

(٦٠) تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٣٥ وانظر الام للإمام الشافعى ج ٦ ص ١٦٤ ط دار الفكر بيروت ط ثانية ١٤٠٣ هـ.

الجماعة الإسلامية إلا أن الأولى تمس مباشرة المجنى عليه أو المسروق منه خلاف الثانية التى وإن مست المجنى عليه مباشرة أيضًا إلا أن عنصر زوال الأمن المصاحب لها يمتد ظله على الجماعة بشكل يكاد يمزق نسيج الأمة المترابط .

بيد أننا إذا يممنا وجهنا شطر السنة النبوية المطهرة فى هذا الشأن ـ وجدنا ما يؤكد النص القرآنى السابق فقد أورد صاحب المنتقى وشرحه تحت عنوان باب المحاربين وقطاع الطريق مايلى عن قتادة عن أنس رضى الله عنه «أن أناسًا من عكل وعرينة [٦١] قدموا على النبى صلى الله عليه وسلم وتكلموا بالإسلام فاستوخموا المدينة فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بذود وراع وأمرهم أن يخرجوا فليشربوا من أبوالها وألبانها فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحرة كفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعى النبى صلى الله عليه وسلم واستاقوا الذود فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فبعث الطلب فى أثارهم فأمر بهم فسملوا أعينهم وقطعوا أيديهم وتركوا فى ناحية الحرة حتى ماتوا على حالهم» رواة الجماعة [٦٢] .

وصاحب معالم السنن روى هذا النص بلفظ مختلف نسبيًا وعلق قائلاً بعد أن عالج كثيرًا من أحكام هذا النص «وقد اختلف الناس فى تأويل هذا الصنيع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى عن ابن سيرين أن هذا إنما كان منه قبل أن تنزل الحدود وعن أبى الزناد أنه قال لما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بهم أنزل الله الحدود فوعظه ونهاه عن المثلة فلم يعد ـ قلت وروى سليمان التيمى عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما سمل أولئك لأنهم سملوا أعين الرعاة يريد أنه إنما اقتص منهم على أمثال فعلهم» [٦٣] أى بصفة أنهم خارجين على السلطان محاربين له وليس بصفتهم مرتدين عن الإسلام ـ كما أن فعل النبى صلى الله عليه وسلم يأتى وفق ما أنزل الله قال تعالى : «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم» [٦٤] وقال : «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به» [٦٥] .

إذن فالشريعة الإسلامية تضع عقوبة القطع جزاء وفاقًا لجريمتين السرقة والسرقة الكبرى أو الحرابة أو قطع الطريق ـ بيد أنه إذا كان النص القرآنى والنص النبوى قد حددا بوضوح قاطع عقوبة الجريمتين تحديدًا لا شبهة فيه فإن مفكرى الفقه الجنائى الإسلامى قد

(٦١) قبيلتان متغايرتان فعكل بضم العين المهملة وسكون الكاف قبيلة من يتم الرباب وعرينة بالعين والراء المهملتين حى من قضاعه .

(٦٢) انظر نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٧ ص ٣٣١ ط إدارة البحوث العلمية المملكة العربية السعودية .

(٦٣) معالم السنن للإمام أبى سليمان أحمد بن محمد الخطابى البستى وهو شرح سنن الإمام ابى داود ط المكتبة العلمية بيروت اولى ١٤٠١ هـ من المهم مراجعة كتب التفاسير المختلفة لبيان سبب نزول آيات سورة المائدة السابق ذكرها وعلاقتها بالنص الذى رواه أنس رضى الله عنه .

(٦٤) البقرة آية ١٩٤ .

(٦٥) النحل آية ١٢٦ .

حددوا معالم كل جريمة وأفادوا أن صرامة العقاب تقابلها شدة فى إثبات السلوك المجرم وتحديد مضمونه حتى لا يقع العقاب الحدى إلا على من يستحقه فمثلاً ـ المماطلة فى دفع الديون وعدم قضائها حسب الأجل المضروب بين الطرفين مع قدرة المدين على الوفاء لون من ألوان عدم صيانة الأموال وفيه بعض معانى السرقة إلا أن عقوبة القطع لا تقع جزاء على المدين فى هذه الحالة .

ثالثًا : لم يعرف القانون الجنائى الوضعى الحديث عقوبة القطع لأى جريمة من الجرائم الآن ومن المعروف أن العقوبات البدنية التى كانت مطبقة فى فرنسا حتى القرن الثامن عشر الميلادى كانت غير إنسانية فالجلد وقطع قبضة اليد وقطع اللسان وصلم الأذنين وربط الجانى على وتد .. إلخ . وقلما كانت تنفذ عقوبة إعدام دون أن يسبقها إرهاصات مخيفة من العقوبات البدنية لأتفه الجرائم أما السرقة مثلا فى ظل القوانين الوضعية الحالية فإن عقوبتها يبدو أنها خففت كرد فعل لما سبق أن عاناه الناس فى ظل القوانين الوضعية القديمة نسبيًا لأنها لا تخرج عن الحبس بأنواعه المختلفة فالسرقة البسيطة تنص عليها م ٣١٨ حيث يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين على السرقات التى لم يتوفر فيها شيء من الظروف المشددة ، على أن العقوبة قد تشدد عند العود م ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٣ ، ٣٢٠ كما أن هناك جنح سرقات ذات ظروف مشددة وجنايات سرقة عقوبتها أشد من الأولى مثل السرقة بالإكراه والسرقة فى الطرق العمومية والسرقة ليلاً من شخصين فأكثر مع حمل السلاح وسطو العصابات ، على أن المشرع الوضعى فى مصر أدرك أخيرًا مدى فائدة العقوبة البدنية فقرر أعظمها «الإعدام» على بعض الجنايات المضرة بالحكومة من جهة الداخل كتأليف عصابة تهاجم طائفة من السكان وهى تقابل فى الفكر الإسلامى «السرقة الكبرى» وكذلك مقاومة رجال السلطة العامة م ٨٩ كما أن تعريض وسائل النقل العامة للخطر إذا ترتب عليه موت شخص أو أشخاص م ١٦٨ وشهادة الزور إذا حكم على المتهم بناء عليها بالإعدام ونفذ الحكم م ٢٩٥ داخله فى هذا النطاق واعتبرت عقوبة جريمة الاضرار العمدى بالأموال والمصالح العامة الأشغال الشاقة المؤيدة أو المؤقتة كما أن عقوبة التربح وهى احدى جرائم الأموال الأشغال الشاقة المؤقتة م ١١٥ ، ١١٨ وكذلك العزل والغرامة وعلى الجملة فإن جرائم الأموال فى معظمها عقوبتها السجن الثقيل أو الخفيف عدا ما يرتبط منها بالإضرار بأمن الحكومة من الخارج أو الداخل فإن العقوبة هنا تكون الإعدام وهذا المسلك قد يتفق فى قدر قليل منه مع الشريعة الإسلامية إذا ما قابلنا بعض جرائم قانون العقوبات المضرة بأمن الحكومة بنظيرها فى الشريعة الإسلامية «الحرابة» أو السرقة الكبرى .

المبحث الثالث
«فلسفة العقاب فى جريمتى السرقة»

١ ـ إن تطبيق الحد الشرعى بقطع اليد فيما سبق مناطه تحقيق مصالح الناس ليحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعروضهم وعقولهم وأموالهم وعلى الجملة ركائز أمنهم ودعائم ومقومات حياتهم لإبراز عوامل التقدم والتطور بين أفرادهم وجماعتهم ذلك أن البشر بالطبع والغريزة لهم ولع شديد فى قضاء شهواتهم وملذاتهم خارج اطار ما هو عدل وخلق مثل أخذ مال الغير والاستطالة عليه ويبرز هذا عند وجود طرف قوى وآخر ضعيف ومن هنا كانت الحكمة من شرعية هذه العقوبات حسمًا لمادة الفساد وزجرًا عن ارتكابه ليبقى العالم على نظم الاستقامة وعلى المنهج السوى لأن إخلاء العالم عن إقامة الزواجر يؤدى إلى انحرافه واختلاله وفيه من الفساد ما لا يخفى على عاقل مدرك كما أنه من الضرورى أن يكون شرع هذه العقوبات من الخالق جل شأنه لأنه العالم بمن خلق الخبير بما يكتنف مخلوقه فيبعده عن ارتكاب ما لا يحل واقتراف ما لا يرضى . والقرآن الكريم أشار فى أكثر من نص إلى حكمة التشريع لهذه العقوبات(٦٦) .

٢ ـ إن هذه الحدود واجبة النفاذ والتطبيق لا تحتمل تسويفا أو تأخيرًا ووجه هذه الوجوبية أمران وهما :

الأول : إن دستوريتها ليست محل شك فمصدرها القرآن الكريم وهذا أمر لا يمارى فى دستوريته عاقل يعى ويفهم وتطبيقها هنا ليس إمتثالاً للنص فقط بل لأنها محققة لمصالح الناس أفرادًا وجماعات ومن ثم كانت واجبة التطبيق حتى لا يهلك المجتمع .

الثانى : إن فى حد السرقة الصغرى عدالة ووجه هذه العدالة أن المال بمثابة اليد العاملة فى حياة الناس وبه قوام الحياة والقدرة على النهوض بأعبائها فأخذه ظلمًا هو إجتثاث لهذه اليد وتلك القدرة فيكون الجزاء من جنس العمل وفى السرقة الكبرى نفس العلة أيضًا حيث تتنوع العقوبة بتنوع الجناية فالقطع للسارق وغيرها من العقوبات لغيرها من الجنايات إرتفاعًا وإنخفاضًا وهنا لا نلمح شذوذًا فى الحكم(٦٧) .

---

(٦٦) انظر الآيات ٩١ المائدة ٢١٢ النور ، ١٩٤ البقرة ، ١٩٧ البقرة كما يراجع الجنايات فى الفقه الإسلامى د/حسن الشاذلى ج ١ ص ٣١ .

(٦٧) يقول الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه ما عبارته تحت عنوان حد قاطع الطريق «إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وإذا ـ

٣ ـ إن الانفاق والتثمير للمال وظيفة اجتماعية جعلها الإسلام تكليفًا شرعيًا ينبنى عليه كل الخير لافراد المجتمع وعدم صيانة المال ومن باب أولى سرقته من نتائجه أن تتلاشى هذه الوظيفة الاجتماعية وهى مقصد أساسى من مقاصد الشرع وفى ذلك يقول الفخر الرازى فى تفسيره «وإن الفقراء عيال الله والأغنياء خزّان الله لأن الأموال التى فى أيديهم أموال الله ولولا أن الله تعالى ألقاها فى أيديهم لما ملكوا منها حبة فليس بمستبعد أن يقول الملك لخازنه إصرف طائفة مما فى تلك الخزانة إلى المحتاجين من عبيدى»(٦٨) .

وما من شك فى أن سرقة المال أو انتهابه يعطل وظيفة المال الاجتماعية ويحبس مجرى قناة الإنفاق فى سبيل الصالح العام(٦٩) هذا فضلاً عن أنها ـ أى سرقة المال ـ تدمر المصالح الخاصة لمن يملكون الأموال المسروقة مع إثارة الفزع والخوف لديهم ولدى غيرهم ومن ثم كلف سلطان المسلمين وجوبًا من تنفيذ شرع الله تعالى وفى عدم التنفيذ إفتئات على الشرع وتعطيل للعدالة والتى هى حق فى الشرع الإسلامى يتمتع به كافة المسلمين على السواء دون تفرقة بين أوضاعهم كما يتمتع به غير المسلمين من الأمم الأخرى والأقليات وأهل الذمة لأن الإسلام لا يفرق فى عدالته بين البشر جميعًا حقًا وعقوبة عند ثبوته وثبوتها .

٤ ـ ارتبطت بالعقوبة البدنية فى الإسلام لاسيا فى الحدود وشائج خلقية سواء أكان ذلك من حيث الشروط المتعددة لتنفيذ العقوبة حدًا كانت أو تعزيرًا فى الجانى أو فى وسائل الإثبات أو فى فتح باب العفو عن القصاص إلى الدية أو غيرها رحمة بالخلق أو حتى فى

= هربوا طُلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض وبهذا نقول وهو موافق معنى كتاب الله تبارك وتعالى وذلك أن الحدود إنما نزلت فيمن أسلم فأما أهل الشرك فلا حدود فيهم إلا القتل أو السباء أو الجزية واختلاف حدودهم باختلاف أفعالهم على ما قال ابن عباس رضى الله عنهما يراجع الأم مع مختصر المزنى ج ٦ ص ١٦٤ ط دار الفكر .

(٦٨) انظر تفسير الفخر الرازى سورة الحديد آية ٨ وانظر تعليق د / فتحى الدرينى على النص الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة جامعة الأزهر ص ١٦٤ .

(٦٩) وقد عنى رجال الشريعة الإسلامية عناية خاصة متميزة فى بحثهم عن الأموال لدرجة جعلت ابن العربى يناقض ما قاله الإمام أبو حنيفة فى شأن مال اليتيم عندما قال «إذا بلغ اليتيم خمسا وعشرين سنة أعطى ماله على أى حال كان» لكن ابن العربى يقول وبحق إن قول أبى حنيفة باطل لأن العلة التى من أجلها منع اليتيم من ماله هى خوف التلف عليه بغرارته وسفهه فما دامت العلة مستمرة لا يرتفع الحكم فإذا زالت العلة زال الحكم» انظر أحكام القرآن ج ١ ص ٣٠٩ وفى موضع آخر فى معرض حديثه عن قضية صالح الجماعة وعلاقتها بالمال عند تفسيره لقوله تعالى «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» الآية الرابعة من سورة النساء يقول ما نصه «لأن الأموال مشتركة بين الخلق تنتقل من يد إلى يد وتخرج عن ملك إلى ملك وهذا كقوله تعالى «ولا تقتلوا أنفسكم» معناه لا يقتل بعضكم بعضا فيقتل القاتل فيكون قد قتل نفسه وكذلك إذا أعطى المال سفيها فأفسده رجع النقصان إلى الكل» ج ١ ص ٣١٩ ط دار المعرفة بيروت تحقيق على محمد البجاوى بدون تاريخ .

مسلك التنفيذ فى بعض الجرائم مثل رجم المحصن وقد يعجب البعض من هذا القول قائلاً أين الخلق فى تنفيذ عقوبة على هذا النحو؟؟ والجواب أن المسألة لا تخرج عن فرضين :

أولها : أن يكون هناك خطأ أو كذب وقع فيه الشهود أو ظروف قهرية أدت إلى الاقرار بالجريمة وفى هذه الحالة يرى الشاهد كذبًا ما يجرى لأخيه فى الملة والمعتقد خاصة وأنه ربما يشهد بنفسه تنفيذ العقوبة فتستيقظ فيه عوامل الإنسانية وتتفجّر فى أعماقه قوة الحق فيعدل عن شهادته الزور أو يعدل المتهم كذلك عن إقراره قولاً أو هروبًا من العقوبة وهنا توقف كل إجراءات تنفيذ العقوبة البدنية .

أما الفرض الثانى :

أن تكون الوقائع ثابتة ولا ريب على الشهود أو رأى الجانى أن عدوله عن إقراره يتجافى والعدل وبالتالى ينال من العقاب ما أمر الله تعالى به راض النفس ... وهذا عدل والعدل رحمة وخُلق ومن المعروف أن هناك فرقا كبيراً بين نص قانونى تُلزم السلطات الناس به وقانون ينبع من أعماق الناس وضمائرهم وأخلاقهم وهذا المستوى الرفيع من الأخلاق كان هم الدعوة الإسلامية فى بدء نشأتها فى مكة وحتى اليوم فالمسلم الأول يحدث منه الجرم دون أن يراه أحد من الناس أو رجال السلطة ويأتى ليعلن أمام أهل الاختصاص عن تفاصيل سلوكه المجرم ويصر على أن يطهر نفسه بالعقوبة ومرجع ذلك أنها شريعة أخلاقية وليست الأخلاق فى الإسلام أدبًا يُجّمل صاحبه ولكنها إلتزامات من واجب الدين والأخلاق فى الإسلام غاية تربوية تشمل العبادات والمعاملات والجنايات وكل مناحى الحياة (٧٠) .

٥ ـ الحرابة أو السرقة الكبرى أو قطع الطريق خروج عن نظام وأمن الجماعة فيه تهديد

---

(٧٠) انظر ما كتبه الإمام ابن القيم فى زاد المعاد ج ٣ ص ٣١١ وما بعدها ط الريان ١٤٠٧ هـ من صور أخلاقية فى هذا الشأن ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية دعت إلى الستر فى الحد خُلقًا حتى لا يتفش بين الناس ولا يصل أمره للحاكم فقد يؤدى ذلك إلى التوبة والرجوع إلى الحق ولقد روى عبد الرازق أن شرحبيل بن السمط كان على جيشه فقال لجيشه إنكم نزلتم أرضًا كثيرة النساء والشراب فمن أصاب منكم حدًا فليأتنا فأتاه ناس فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب إليه أنت ـ لا أم لك ـ الذى يأمر الناس أن يهتكوا ستر الله الذى سترهم به وروى الحارث عن الشعبى أن رجلاً أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال إن لى ابنة كنت وأدتها فى الجاهلية فأستخرجناها قبل أن تموت فأدركت معنا الإسلام فأسلمت فلما أسلمت أصابها حد من حدود الله تعالى فأخذت الشفرة لتذبح نفسها فأدركناها وقد قطعت بعض أوداجها فداويناها حتى برئت ثم أقبلت بعد توبة حسنة وهى تخطب إلى قوم أفأخبرهم من شأنها بالذى كان ؟؟ فقال عمر أتعمد إلى ما ستر الله فتبديه ؟؟ والله لئن أخبرت بشأنها أحدًا من الناس لأجعلنك نكالاً لأهل الأمصار بل انكحها نكاح العفيفة المسلمة ـ انظر فتاوى وأقضية عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ص ١٦١ ـ ١٦٢ وانظر كنز العمال ج ٢ ص ٤٠٧ وما بعدها .

لمصالح العباد فى أنفسهم أو أموالهم أو أعراضهم وهو سلوك إجرامى فرض الله عز وجل له معاملة عقابية تتناسب وكل فعل من أفعاله فمن ثم نجد تفرقة عقابية بين كل فعل يأتى به الجانى فعقاب القاتل فقط فى هذه الجريمة يختلف عن عقاب القتل المقترن بأخذ المال لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لا تساوى الأخرى فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداهما عن الأخرى .

وقد يقال أن لا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصًا وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوبًا بالتهويل فالصلب زيادة لا فائدة منها والرد على ذلك من أهون الأمور فلكل عقوبة غرضان تأديب الجانى وزجر غيره وإذا كان كل تأديب لغوًا بعد عقوبة القتل فكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها فى الزجر إذا أصبحت عقوبة القتل والصلب حقيقية لا يؤثر على المحكوم عليه خصوصًا إذا كان الصلب بعد الموت ولكن أثر الصلب على الجمهور شديد بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذى يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة فالصلب له أثره الذى لا ينكر فى زجر الغير وكفه عن الجريمة(٧١) .

ونظرًا لأن الحرابة ـ أو السرقة الكبرى تمس الناس بضرر بليغ عبر عنها القرآن الكريم بحرب الله سبحانه وتعالى فى قوله جل شأنه «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله» وابن العربى يقول فى هذا الصدد «معناه يحاربون أولياء الله وعبر بنفسه العزيزة سبحانه وتعالى عن أوليائه إكبارًا لإذايتهم كما عبر بنفسه عن الفقراء فى قوله تعالى «من ذا الذى يقرض الله قرضًا حسنًا»(٧٢) لطفًا بهم ورحمة لهم بل إن ابن العربى يرى أن الحرابة هى الكفر وهى معنى صحيح لأن الكفر يبعث على الحرب بمعنى أن إشهار السلاح بقصد السلب مأخوذ من الحرب وهو استلاب ما على المسلم بإظهار السلاح عليه(٧٣) .

وكل هذا يعنى عقوبة تتناسب وما فعله الجانى فى هذا الموضع مع عدم إهمال الإطار العام للاستخفاف بالسلطات والإفساد فى الأرض بمعناه العام أو العصرى لمن شاء هذا التعبير حتى ليشمل الحرابة فى الأموال والحرابة فى الفروج وهى أفحش منها فى الأموال وأخس والحرابة فى القرية والمدينة والقفر وإن كان بعضها أفحش من بعض ولكن اسم الحرابة يتناولها ومعنى الحرابة موجود فيها والحرابة فى الأنفس داخلة أيضًا فى هذا الإطار ـ

---

(٧١) انظر التشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٥٨ وانظر ما كتبه المفكر الحنفى ابن الهمام فى هذا الشأن من قول بديع ج ٥ ص ٤٢٣ ط الحلبى .

(٧٢) الحديد آية رقم ١١ .

(٧٣) أحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩٦ ط دار المعرفة بيروت .

بل إن الإفساد فى الأرض أو الحرابة فى تقديرنا ... يتحقق أو تتحقق من الخارج دون سلاح للحصول إلى هدفه عنوة بيده أو غيلة وخداع ومع أن فعل الغيلة أخس وأقبح من عكسه ولذلك يرى الفقهاء أن العفو يدخل فى قتل المجاهرة فيكون قصاصًا ولا يدخل فى قتل الغيلة فيكون حدًا - ولكن بالنظر إلى وحدة النتيجة فى كلا الوسيلتين وهى موت المجنى عليه أو سرقة ماله غيلة أو مجاهرة أو حيلة ثم تمرد المفسد فى الأرض على السلطان بخروجه معتمدًا على قوته البدنية دون سلاح فيقتل أو يسرق نهبًا أو بسلاح أو حيلة - فإن معنى الفساد متحقق فيه هنا تطبق عليه أشد العقوبات الرادعة وفى زمان ردىء مثل هذا الزمان لا جرم من عقوبة القطع حتى لمجرد الخروج لأنه فى ذاته يتحقق فيه معنى الفساد فى الأرض وبذلك يتحقق للمشرع الهدف من العقوبة وهى الردع والزجر والتشدد فى مثل هذه الجرائم أمر ينبغى وضعه فى الاعتبار حرصًا على مصلحة الجماعة لأن مجرد الخروج على السلطان يتحقق فيه ترويع الأمن والاستهانة بقانون الأمة وكسر كيانها تشريعيًا واجتماعيًا واقتصاديًا وسياسيًا ... إلخ .

وكل ذلك يساوى فى النهاية إفساد فى الأرض .

والمفكر ابن العربى ... يقول فى هذا المعنى «فإن قيل هذا لا يوجب إجراء الباغى بالفساد فى الأرض خاصة مجرى الذى يضم إليه القتل وأخذ المال العظيم الزيادة من أحدهما على الآخر والذى يدل على عدم التسوية بينهما أن الذى يضم إلى السعى بالفساد فى الأرض القتل وأخذ المال يجب القتل عليه ولا يجوز إسقاطه عنه والذى ينفرد بالسعى فى إخافة السبيل يجوز ترك قتله يؤكده أن المحارب إذا قتل قوبل بالقتل وإذا أخذ المال قطعت يده لأخذه المال ورجله لإخافته السبيل .

وهذا القول منقوض من وجهة نظر ابن العربى - وبحق ووجه نقضه مايلى :

أولاً : أما القول بكيف يسوى بين من أخاف السبيل وقتل وبين من أخاف السبيل ولم يقتل وقد وجدت منه الزيادة العظمى وهى القتل ؟...

فإن الجواب عليه وما الذى يمنع من استواء الجريمتين فى العقوبة وإن كانت إحداهما أفحش بكثير من الأخرى وما هو الرأى فى تسوية الشرع بين عقوبة القتل وعقوبة الكفر مع أن إحداهما أفحش بكثير من الأخرى ؟؟.

ثانيًا : لا وجه للقول بأن استواء الحكم ينبنى عليه عدم إسقاط القتل عمّن أخاف السبيل ولم يقتل كما لم يجز إسقاطه بمن أخاف وقتل ومناط ذلك أن الذى يخيف ويقتل أجمعت الأمة على تعين قتله ولا وجه لمخالفة الإجماع .

أما إذا أخاف ولم يقتل فهى مسألة محل إجتهاد فمن أدّاه اجتهاده إلى القتل حكم به -

لاسيما إذا كان رجل قضاء أو سلطان توافرت فى كل منهما شروط الاجتهاد فالوقائع المنظورة ذات اعتبار أصلى فى الحكم – كما أن من أدّاه اجتهاده إلى إسقاطه أسقطه .

ثالثًا : لا مجال للقول بأن القتل يقابل القتل وقطع اليد يقابل السرقة وقطع الرجل يقابل المال لأن هذا القول فيه تحكم ومزج للقصاص والسرقة والحرابة فهو حكم منفرد بنفسه خارج عن جميع حدود الشريعة لفحشه وقبح أمره(٧٤) .

٦ – إن الموازنة بين ما قرره الإسلام من عقوبة للسرقة بنوعيها مع ما قرر لها فى الشرائع السابقة على الإسلام يعطى الأفضلية للإسلام ذلك أن السرقة بشقيها حرمها الله تعالى فى كل رسالاته إلى البشر – بل إن عقوبة السارق قبل الإسلام كانت استرقاق السارق وامتلاك المسروق منه لرقبته بحيث يصبح السارق رقيقًا لمالك المال ولهذا يضرّب الرق على الجانى بحيث يصبح جزءًا من ممتلكات المسروق منه ومالاً من أمواله يتصرف فيه كيفما شاء – وهذه عقوبة أعظم من عقوبة السارق فى القرآن الكريم والتى تحكم ببتر العضو الآثم بدلاً من استرقاقه وإهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وسند هذا القول القرآن الكريم من واقع ما نقرأه فى قصة يوسف بن يعقوب عليهما السلام عندما أراد أن يأخذ أخاه بنيامين من إخوته ويستبقيه عنده فأمر أتباعه بوضع صواع الملك فى رحل أخيه(٧٥) ثم أمر أحدهم أن ينادى قائلاً :

[أيتها العير إنكم لسارقون](٧٦) ويتكفل لمن يأتى بالصواع أن يكافئه بحمل بعير من الحنطة والإمام القرطبى نص على الحكم سالف الذكر بقوله : والسراق يعنى فى شرع اليهود يُستعبدون ويُسترقون والقطع فى السرقة ناسخ لما تقدم من الشرائع أو لما كان فى شرع يعقوب من استرقاق السارق(٧٧) وقد وردت عقوبة السرقة بالتوراة فى سفر الخروج إصحاح ٢٢ ونص العبارة هى :

---

(٧٤) انظر أحكام القرآن لابن العربى ج ٢ ص ٥٩٨ بتصرف يسير والجامع لأحكام القرآن للقرطبى خاصة ما يتعلق بسلطات ولى الأمر فى المحاربة ج ٦ ص ١٤٧ وما بعدها ط بيروت مصورة عن المصرية الأميرية وتفسير أبى السعود ج ٣ ص ٣١ وما بعدها ط دار أحياء التراث ببيروت ومن كتب الفقه انظر زاد المحتاج للكوهجى ج ٤ ص ٢٤٨ ط دولة قطر .

(٧٥) الصواع شىء واحد إناء له رأسان فى وسطه مقبضه كان الملك يشرب منه من الرأس الواحد ويكال الطعام بالرأس الآخر واختلفت الروايات فى المادة التى صنع منها وأغلب الظن أنه صنع من أنفس المعادن أخذًا من سياق النص القرآنى واتفاقًا مع ما عرضه القرآن الكريم من المقام .

(٧٦) العير الإبل المرحولة المركوبة والنص من سورة يوسف آية ٧٠ .

(٧٧) الجامع لأحكام القرآن ج ٩ ص ٢٣٥ بتصرف يسير وقد أشار إلى عقوبة السرقة فى الشريعة المصرية القديمة بقوله «وكان حكم السارق عند أهل مصر أن يغرّم ضعف ما أخذ وفى الظلال يقول المرحوم سيد قطب «فقد كان المتبع فى دين يعقوب أن يؤخذ السارق رهينة أو أسيرًا أو رقيقًا فى مقابل ما يسرق ولما كان إخوة يوسف موقنين بالبراءة فقد ارتضوا تحكيم شريعتهم فيمن يظهر أنه سارق وعلى لسان إخوة يوسف يعبر قائلاً «وهذه هى شريعتنا نحكمها فى السارق» –

[وإذا وجد السارق وهو يثقب ومات فليس له دم] وفى الإصحاح السابع نجد هذا النص «إن الرجم حتى الموت عقوبة شرعت للسرّاق» .

كما أن عقوبة القوانين الوضعية فى شأن جريمة السرقة الصغرى أمر مضحك ـ بدليل أن كل بلد يطبق هذه العقوبة زادت الجرائم فيه من هذا النوع إنتشاراً والمجرمين عتوًّا وسطوة والإحصائيات فى جميع الدول التى تأخذ بهذا النظام تؤكد زيادة الجرائم واضطراب الأمن وانتشار الفزع والرعب وسطوة الإرهاب والمجرمين . والقياس الصحيح لكل عقوبة هو أثرها على نفسية المجرمين والقضاء على الجريمة فإذا لم يتحقق هذا الهدف فهى عقوبة فاسدة فاشلة تحتاج إلى عقوبة تقضى عليها وتوجب إستبدالها بعقوبات زاجرة رادعة ومن ثم فإن الإمام مالك رضى الله عنه وإن كان يرى إطلاق يد الإمام فى عقاب الذى إرتكب جريمة السرقة الكبرى على ضوء ما يراه محققًا ... للمصلحة العامة حيث يخير فى عقاب الجانى بأية عقوبة مما جاءت فى النص القرآنى إلا أنه أى الإمام لا يُجوّز له أن ينزل بالعقوبة فى هذه الحالة عن عقوبة القطع لأن الحرابة سرقة مشدّدة وعقوبة السرقة أصلاً القطع وهو بهذا يقترب من رأى الإمام ابن حزم الظاهرى(٧٨) وهذا يعنى أن أقرب الآراء الإسلامية ليونة وبساطة حريصة على أن تحقق العقوبة هدفها من ناحية الزجر والردع حرصًا على المصلحة العامة وأخذاً بالقاعدة الفقهية التى تفيد أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

ومع هذا ترتفع عقيرة من ليس لهم حظ فى العقول باتهام الإسلام بالقسوة والغلظة ويرون أن عقوبته فى هذا الشأن وحشية لا تناسب الحضارة والمدنية كما أنها لا تتفق مع رق الإنسانية .

أما قتل السارق وإهدار دمه أو إسترقاقه وإهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم فلا قسوة فيه ولا وحشية وأما السجون حيث يتخرج السرّاق منها أساتذة فى فن الإجرام وقبل تخرجه وحصوله على إجازة الإجرام وأثناء دراسته تكون زوجته وأولاده وبناته ـ قد أستقروا جميعًا فى مهاوى الردى والجنس والفواحش ما ظهر منها وما بطن وهذا الواقع الذى لا ينكر شهادة تثبت فشل وتضارب العقوبة فى القانون الوضعى .

ـ والسارق من الظالمين إلى أن يقول فلو حكم شريعة الملك ما تمكن من أخذ أخيه إنما كان يعاقب السارق على سرقته دون أن يستولى عليه» .

انظر الظلال ج ٤ ص ٢٠١٩ ـ ٢٠٢٠ ط دار الشروق ١٣٩٧ وانظر أيضًا على سبيل المثال تفسير أبى السعود ج ٤ ص ٢٩٤ وفتح القدير للشوكانى ج ٣ ص ٤٢ ـ ٤٣ ط دار الفكر ببيروت ١٤٠٣ هـ وانظر المقارنات والمقابلات لمحمد صبرى حافظ ص ٥٦٠ دار الكتب المصرية برقم ٤٥٦ قوانين .

(٧٨) انظر منح الجليل ج ٤ ص ٥٤٢ وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ٥٥٧ ط دار الكتب الإسلامية مصر ١٤٠٣ هـ والمحلى ج ١١ ص ٣٠٠ وما بعدها والمغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٣٣١ .

أما فشل العقوبة فذاك أمر ملموس فى دنيا الناس لا يحتاج إلى استدلال ويكفى مجرد النظر إلى مؤشر الجريمة وأما التضارب فإن المشرع الوضعى فى الواقع قد جعل عقوبته مزدوجة فهى عقوبة للجانى حيث أودع السجن وعقوبة لأسرته ومن يعولهم أيضًا وذلك تضارب مع مبدأ شخصية العقوبة التى يتيه بها دلالاً فى عالم التشريع وهو مبدأ سليم لو أحسن استخدامه .

وويل لمجتمع هذا سلوك مشرعه وسلوك أفراده ورحم الله القائل «من خرج لإخافة السبيل قاصدًا الغيلة على الفروج فهو محارب له عقوبة المحارب»[79] .

٧ ـ إن جريمة السرقة الصغرى ومن باب أولى الكبرى ـ إفساد فى الأرض بنص القرآن الكريم أما وجه الدلالة على أن الأولى إفساد فى الأرض هو قول الحق تبارك وتعالى على لسان أولاد يعقوب عليه السلام لأولى الأمر فى مصر آنذاك ما نصه «قالوا تالله لقد علمتم ما جئنا لنفسد فى الأرض وما كنا سارقين»[80] .

فالتعبير عن السرقة فى النص القرآنى بالفساد فى الأرض أمر داخل فيما أطلق عليه المرحوم سيد قطب بفقه الحركة الذى يأخذ فى اعتباره الواقع الذى نزلت فيه النصوص وصنعت فيه ... الأحكام فيرى أن ذلك الواقع يؤلف مع النصوص والأحكام مركبًا لا تنفصل عناصره كما أنه يصاغ ببراعة تتجلى عن عظمة تشريعية جوهرها إستمرارية وصلاح هذا الفقه لكل زمان ومكان وهكذا فلا يمكن أن يقال عن جريمة السرقة فى أى زمان أو مكان أنها تستقل عن عناصر الإفساد فى الأرض وهذا أمر لا يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهد والإمام القرطبى عندما تعرض لتفسير النص قال «يروى أنهم كانوا لا ينزلون على أحد ظلمًا ولا يرعون زرع أحد وأنهم جمعوا على أفواه إبلهم الأكمة لئلا تعيث فى زروع الناس كما يروى أنهم ردوا البضاعة التى كانت فى رحالهم ومن رد ما وجد كيف يكون سارقًا مفسدًا فى الأرض»[81] .

والإفساد فى الأرض جريمة عقوبتها فى الفقه الإسلامى منصوص عليها ويقاس من الناحية الفنية كل سلوك مجرّم على غرار ما نص وإذا كان واجب المشرع أن يعود إلى الفكر الإسلامى فإن العلاج لابد وأن ينشأ من خلال حركة المجتمع فى مواجهة الحياة الواقعية وقد كانت ومازالت عقوبته القطع لا مناص منها ولا ملجأ إلى غيرها تلبية لمداواة ما قد ينشأ فى

---

(٧٩) انظر منح الجليل ج ٤ ص ٥٤٢ .

(٨٠) يوسف آية ٧٣ .

(٨١) تفسير القرطبى ج ٩ ص ٢٣٤ .

المجتمع من صور السلوك الإجرامى لتعيث فيه الفساد فالسارق الذى يأخذ الشىء على وجه الاستخفاء بحيث لا يعلم به المسروق منه ـ صورة سلوكية ـ أراد لها المشرع الإسلامى أن تختفى من حياة المسلمين ولا خفاء لها إلا بعقوبة زاجرة رادعة .

أما مظاهر الفساد فى الأرض لجريمة أو جناية السرقة الكبرى فهذا أمر ظاهر من عدة وجوه :

أولاً : النص القرآنى صريح فى ذلك عندما نقرأ قول الله سبحانه وتعالى «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم»[٨٢] .

ثانيًا : الحركة المأخوذة من إطار وقائع الجناية وأفعالها المادية المكونة لها تقطع بأن ذلك السلوك إفساد فى الأرض بلا ريب مما يعنى أن تكون هناك عقوبة من قبل المشرع واجبة تتناسب وهذا السلوك كما لا يغيبن عن البال أن أى سلوك ضد التشريعات داخل نطاق الإفساد فى الأرض إلا أن الإفساد الحقيقى هو ما يتدرج تحت الوحدة التشريعية التى تشمل الكليات التى لا تختلف فيها عقول الناس ولا يختلف فيها معنى العدالة وكل هذه الكليات من منظور الشريعة الإسلامية يجب تطبيقها فى كل الأرض حيث يسكن الإنسان لأنه لا يصح أن يكون أمر من الأمور موصوفاً بالإجرام أو الإفساد فى الأرض فى إقليم ولا يتحقق فيه ذلك الوصف فى إقليم آخر كما أن طريقة الردع ثابتة حيث ثبات النص واستمراريته .

ثالثًا : الاستقراء أثبت بلا أدنى شك أن الأحكام فى الشريعة الإسلامية تقوم على المصلحة الإنسانية لدرجة أن الفقهاء يقررون أن الأحكام التكليفية فى الشريعة الإسلامية ترتبط بالمصلحة ارتباطًا وثيقًا ومراتب التكليف تختلف باختلاف ما فيها من مصالح فالأمر المطلوب طلبًا حتميًا يكون كذلك لتيقن المصلحة فيه ويختلف اللزوم الحتمى باختلاف قوة المصلحة فما تكون فيه المصلحة أقوى يكون مقدمًا على ما دونه قوة فيها وما لا تكون فيه المصلحة مؤكدة يكون الطلب فيه ثابتًا من غير لزوم وهو المقدورات الشرعية وما يكون فيه الضرر مؤكدًا يكون محرمًا ويختلف التحريم قوة وضعفًا باختلاف قوة الضرر فما يكون أقوى ضررًا يكون أشد تحريمًا وما لا يكون فيه الضرر مؤكدًا يكون مكروهًا من غير الحكم

---

(٨٢) المائدة آية ٣٣ .

بالتحريم وما لا يثبت رجحان الضرر على النفع فيه يكون المكلف مخيرًا[٨٣] ومن ثم يمكن القول بأن ما سبق قوله فى شأن الحرابة يصل بنا إلى نتيجتين :

الأولى : إن تنفيذ العقوبة على النحو الذى قرره القرآن ـ بغض النظر عن الخلاف الفقهى فى مسألة ترتيب العقوبة الواردة فى النص أمر مطلوب طلبًا حتميًا لتعين المصلحة فيه وأى قول يشكك فى ذلك يكون قولاً قد أصابه رق موضعى وغواش فكرية تأثرت بعادات أقوام تحللوا من كل وشيجة دينية ولا مصلحة أعظم من تقدير مدى خطورة من خرج إلى الطريق العام لمنع الناس من السفر فيه أو سرقة أموالهم أو إعتداء على أرواحهم أو أخذ أموالهم مغالبة وسطوة فى أماكن سكناهم ريفًا أو حضرًا وعليه فإن عظم العقوبة مأخوذ من عظم الجناية .

الثانية : إن الشريعة الإسلامية لا تخلو حتى فى مجال العقوبات من القواعد الخلقية وهذا واضح فيما كتبه علماء الأصول[٨٤] بل إن الله تعالى يقول عقب آية المحاربة مباشرة «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم»[٨٥] .

وقد علق القرطبى على هذا النص بقوله : استثنى جل وعز التائبين قبل أن يقدر عليهم وأخبر بسقوط حقه عنهم بقوله «فاعلموا أن الله غفور رحيم»[٨٦] .

وهذا لا يعنى سقوط حق الآدميين قبل الجانى بالتوبة وإن نُسب للإمام الشافعى قول يتضمن سقوط كل حد بالتوبة مع أن الصحيح من مذهبه أن ما تعلق به حق الآدمى قصاصًا كان أو غيره لا يسقط بتوبة المحارب حتى قبل القدرة عليه[٨٧] .

وملامح الوجه الأخلاقى فى فلسفة العقوبة هنا سقوط حق الله تعالى ـ وهذا يعنى فى تقديرنا أن الإمام يكلف بالإحسان إلى الجانى على اعتبار أن الإحسان له أثر القاعدة

---

(٨٣) انظر للعز بن عبد السلام الأحكام فى مصالح الأنام ج ١ المقدمة وانظر للشيخ أبو زهرة بحثه المقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر المجتمع الإنسانى فى ظل الإسلام ط الأزهر ص ٣٣ سنة ١٣٩١ هـ .

(٨٤) انظر القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٠ وما بعدها وانظر المستصفى للغزالى ج ١ ص ٢٨٧ وما بعدها واقرأ للشوكانى فى ارشاد الفحول ما كتبه فى تأخير البيان عن وقت الحاجة حيث نلمح ذلك واضحًا ص ١٧٣ ط دار المعرفة بيروت بدون تاريخ ولصدر الشريعة «التلويح على التوضيح» فصل التكليف بما لا يطاق ج ١ ص ٣٦٩ ط صبيح .

(٨٥) المائدة آية ٣٤ .

(٨٦) تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٥٨ .

(٨٧) المصدر السابق ص ١٥٨ ويراجع ما كتبه الشيخ الشربينى الخطيب عن المراد بالتوبة وعن مفهومه لكلمة «قبل» الواردة فى الآية القرآنية محل البحث ج ٤ ص ١٨٣ ـ ١٨٤ ط الحلبى ١٣٧٧ هـ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢٨٥ ط عيسى الحلبى ١٣٧٩ هـ .

الشرعية وفى ذلك يقول العز بن عبد السلام ما نصه «الإحسان لا يخلو عن جلب نفع أو دفع ضرر أو عنهما وتارة يكون فى الدنيا وتارة يكون فى العقبى»[88] أما فى الدنيا فإن من حق الإمام أن يأخذ من الجانى كل حقوق العباد ولا يضيف تعزيرًا عليه إن كان له موضع ـ لأن السلطان كما هو معروف تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة ـ وطبقًا لذلك فإن له أن يجمع بين العقوبة المقررة قصاصًا أو حدًا ويضيف لها أخرى تعزيرًا إذا ترتب عليها مصلحة مؤكدة.

وأما فى العقبى فحسبنا قول الله عز وجل فى النص السابق «واعلموا أن الله غفور رحيم» وهذا إحسان من رب الخلق ما بعده إحسان وهو أرحم بالخلق من الوالدة على ولدها. كما أن الإحسان أن تحفظ للخلائق أموالهم ودماءهم وأعراضهم وكل ما يحصل به منفعة فى معايشهم وهو إحسان له طبيعة مزدوجة لأن إلزام من عليه الحقوق بالوفاء بها إحسان له لفك نفسه وجوارحه من رق هذه الحقوق وهو فى نفس الوقت إحسان لأصحاب الحقوق ـ ألا ترى أن فى ذلك إرفاق ودفع بالمضار عن الطرفين...

والإحسان فى الشريعة وصف مناسب اعتبره الشارع الإسلامى وشرع الحكم عنده لأنه لا يلزم عنه مفسدة الجرأة على الظلم فى الغالب وكل مصلحة أربت على ما يلزم عنها من مفسدة كانت مشروعة[89] وطالما كان الأمر قصاصًا جاز إسقاط كل العقوبة من أهل الاختصاص[90] فى شأنها والتعادل الدقيق فى اقتضاء الحقوق بين الأفراد بعضهم قبل بعض أمر مباح لا تحث الشريعة عليه بل تندب إلى تجاوزه فضلاً وخلقًا وتسامحًا وإحسانًا

---

(٨٨) القواعد ج ٢ ص ١٦١.

(٨٩) الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الشريعة جامعة الأزهر ص ٩٧ د/ فتحى الدرينى.

(٩٠) يقول الفقيه الكاسانى فى فصل عقده لبيان ما يسقط حكم المحارب بعد وجوبه وفى معرض حديثه عن الآية محل البحث مايلى «فدلت هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق إذا تاب قبل أن يُظفر به يسقط عنه الحد وتوبته برد المال على صاحبه إن كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله فى المستقبل ويسقط عنه القطع أصلاً ويسقط عنه القتل حدًا وكذلك إن أخذ المال وقتل حتى لم يكن للإمام أن يقتله ولكن يدفعه إلى أولياء القتيل ليقتلوه قصاصًا إلى أن يقول وإن لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله فى المستقبل وهو أن يأتى الإمام عن طوع وإختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لأن الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود أنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لأن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة إلى أن يقول ـ بخلاف سائر الحدود فإن الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من إقامة الحدود» انظر البدائع ج ٧ ص ٩٦ والمغنى ج ٨ ص ٢٩٥ وزاد المحتاج ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها والأم للإمام الشافعى ج ٦ ص ٦٤، ط دار الفكر بيروت ١٤٠٣ هـ.

ولا يتعارض هذا مع مبدأ العدل المثالى المطلق والذى هو واجب فى الشرع لأن هذا المبدأ واجب قضاء وحكمًا بحيث لا يؤثر فيه عامل من الهوى أو القرابة أو اختلاف العرق أو العداء أو ما إلى ذلك .

وبعد فإننا كما رأيت قارئى الكريم عالجنا فى مطلبين على التوالى عقوبة القطع فى الفقه الجنائى الإسلامى والفقه الوضعى ثم فلسفة العقاب فى جريمتين أوجب الشرع الإسلامى فيهما ذات العقوبة ـ وهما جريمتى السرقة الصغرى والكبرى ـ وبين المطلب الأول والثانى وثيق ارتباط وصلة ويحتاج الأمر إتمامًا للفائدة بيان الصلة بين العقوبة البدنية والإفساد فى الأرض وذلك من خلال مايلى :

(أ) معنى الإفساد فى الأرض وما يندرج تحت هذا المفهوم من جرائم على سبيل المثال لا الحصر .

(ب) مدى ملائمة العقوبة البدنية عمومًا لجرائم الإفساد فى الأرض وبالتالى مدى حاجة المسلمين إلى هذه التشريعات لإصلاح ما فسد من معاشهم ومعادهم .

الفصل الثالث
«العقوبات البدنية وجرائم الإفساد فى الأرض»

المبحث الأول

تمهيد :

هذا القول وكل ما سبقه واقع فى إطار الاجتهاد الفردى والذى هو حق ثابت فى الإسلام لكل من تكون له أهلية النظر يستوى فى ذلك الرجل والمرأة والحاكم والمحكوم وأرباب الوظائف الكبرى والصغرى وغيرهم ممن لا يشغلون وظيفة ـ كما يستوى الجميع فى ثبوت هذا الحق لكل واحد فإنهم يستوون أيضًا فى حق إحتمال الخطأ لأن الإسلام لا يعرف العصمة لأحد من الخطأ عدا النبى صلى الله عليه وسلم فى مقام ما يبلغه عن ربه ـ كما أن طبيعة الاجتهاد الفردى تقضى بأنه لا يكون حجة ملزمة إلا لصاحبه ـ ورحم الله القائل «ليس فى الإسلام من يجب الأخذ برأيه الخليفة والإمام والقاضى فالخليفة أو الإمام ليس معصومًا من الخطأ ولا هو مهبط وحى ولا أثرة له بالنظر والفهم وليس له سوى النصح والإرشاد وإقامة الحدود والأحكام فى دائرة ما رسم الله وهو نائب فى وظيفته عن الأمة توليه وتبقيه وتطيعه مادام قائمًا بمهمته وقائمًا على حدود الله وتعزله إذا انحرف عن الحدود واقتحم حدود الله وكذلك وضع القاضى وشيخ الإسلام»(٩١) .

ومايلى من سطور إنما داخل فى نطاق الاجتهاد الفردى الذى أرجو أن أكون ـ بفضل الله ـ موفقًا فى عرضه نظرًا لحاجة أمتنا الماسة إليه الآن وليس غدًا وإنطلاقًا من القول الذى يرى أن التشريع إنما لا يعدو إلا أن يكون إنعكاسًا لظروف موضوعية وواقعية تستلزمه وتسمح به وأداة ذلك العقل الذى يستق فكره من الشريعة الإسلامية لأن الخروج بالفكر العقلى عن دائرة الإسلام إنفصال تام بين الوكيل والموكل وخروج على حدود الوكالة قال تعالى «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون»(٩٢) .

---

(٩١) الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الأكبر محمود شلتوت ص ٥٤٨ بتصرف يسير.

(٩٢) التوبة آية ١٢٢ .

وإذا كانت العقوبة هي جزاء مقرر أو ما يمكن أن يقرر لمصلحة الجماعة على سلوك جرّمه الشارع فإن الذى لا ريب فيه أن هذا الجزاء متعدد ومختلف قوة وضعفًا ووسيلة باختلاف السلوك المحظور نفسه والشرع الإسلامى قرر العقوبة البدنية بصيغة العموم لبعض الجرائم الحدية مثل الزنا وقذف العرض وسرقة الأموال والحرابة ولعل الطابع الغالب لهذه العقوبات هى أنها تمنع الشخص من الإقدام على السلوك المجرم من قبل الشارع كما أنها تمنعه من العود إليها بعد ارتكابها [٩٣] .

والسؤال الآن هل هناك ما يمنع من تطبيق ما يراه المشرع الوضعى المسلم إنتهاءً لا إبتداءً بعض هذه العقوبات البدنية على كل أو معظم جرائم التعازير إذا كان فى ذلك مصلحة حتمية وضرورية باعتبار أن هذه العقوبات يتوافر فيها بصورة بارزة عنصر الردع والزجر أم أن ذلك غير ممكن ؟؟.

وهل طبيعة هذه العقوبات من حيث إنها غير مقدرة فى الأصل بحد أعلى أو حد أدنى تصلح أداة أو مخرج لمعظم أقاليم أمتى المسلمة من المأزق التى يعترض سبيل تقدمها اجتماعيًا واقتصاديًا وسياسيًا وتشريعيًا ... إلخ ؟؟.

لاسيما وأن جرائم الحدود والقصاص والدية التى لها عقوباتها المحددة تمتنع العقوبة الأصلية فيها لعدم توفر شروطها على أن تحل العقوبة التعزيرية محلها [٩٤] ؟؟.

وهذا يعنى أن هذه العقوبة تحتل مساحة عريضة من خريطة السلوك المجرّم فقهًا وقضاء فى الشريعة الإسلامية ؟ وهل بحكم أن هذه العقوبة «التعزيرية» حتى ولو كانت بدنية تقبل بطبيعتها عفو السلطان سواء أكانت ماسة بالجماعة أو الأفراد كما تقبل عفو المجنى عليه حيث يعتبر ظرفًا قضائيًا مخففًا كما ينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم ... إلخ هذه الاعتبارات ؟؟.

هل كل هذا يعنى أن المسلمين يحتم الواجب عليهم أن يطبقوا فى حياتهم ما اختار لهم ربهم بلا تأخير على أن ينقوا تشريعهم الجنائى إجتهادًا مما لا يتلائم وظروف العصر؟؟.
على أى حال فإن مايلى من سطور محاولة للإجابة على مثل هذه التساؤلات .

---

(٩٣) يطلق لفظ الحد على عقوبات جرائم معينة ويطلق كذلك على نفس هذه الجرائم المعينة فيقال ارتكب الجانى حدا كما يقال عقوبته حدا انظر لسان العرب ج ٤ ص ١١٥ وما بعدها والمصباح المنير ج ١ ص ١٩٤ .

(٩٤) انظر على سبيل المثال ما كتبه الفقيه الكمال بن الهمام فى التعزير شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٤ وما بعدها -باب التعزير- وراجع الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٣٦ والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٣٢٤ .

المبحث الثانى
« ماهية الإفساد فى الأرض »

قال ابن كثير عند تفسيره لمعنى المحاربة [هى المخالفة والمضادة وهى صادقة على الكفر وعلى قطع الطريق وإخافة السبيل والإفساد فى الأرض] ـ كما أن الإفساد فى الأرض يطلق على أنواع من الشر قال تعالى : «وإذا تولى سعى فى الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد»[٩٥] .

والقرطبى فسر الفساد فى الأرض بالرشوة والظلم والمعاصى وقطع الأرحام والقتل والعود إلى الجاهلية وليس ذلك على سبيل الحصر كما يفهم من عبارته[٩٦] وعلى الجملة فالفساد فى الأرض كل شىء ضد الإصلاح وهو مثل الإتلاف[٩٧] أما مادة فسد فى القاموس فالنص عليها هو أفسد الشىء أخرجه عن صلاحيته المطلوبة وهو بهذا المعنى يكون مرادفًا للإتلاف عند الفقهاء لأن الكاسانى يرى أن إتلاف الشىء إخراجه من أن يكون منتفعًا به منفعة مطلوبة منه عادة[٩٨] كما أن هناك ألفاظا ذات صلة بهذا المعنى السابق للإفساد ذكرها العلماء منها على سبيل المثال مايلى :

١ ـ إذا كان الإتلاف مرادفًا للإفساد أو الإفساد مرادفًا للإتلاف فإن الإهلاك يأتى بمعنى الإتلاف أحيانًا ففى مفردات الراغب الهلاك على ثلاثة أوجه : إفتقاد الشىء عنك وهو عند غيرك موجود كقوله تعالى : «هلك عنى سلطانيه»[٩٩] وهلاك الشىء باستحالة وفساد كقوله تعالى : «ويهلك الحرث والنسل»[١٠٠] وكقوله : «هلك الطعام» وهلك بمعنى مات كقوله تعالى «إن امرؤ هلك»[١٠١] وبمعنى بطلان الشىء

---

(٩٥) انظر أضواء البيان فى إيضاح القرآن بالقرآن للشيخ الجكنى الشنقيطى ج ٢ ص ٨٦ ط جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض ١٤٠٣ هـ والآية سورة البقرة رقم ٢٠٥ .

(٩٦) تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٨ ، ج ١٦ ص ٢٤٥

(٩٧) جاء فى القاموس تلف كفرح وأهلك وأتلفه أفناه ويقرب من هذا المعنى اللغوى إستعمالات الفقهاء يقول الكاسانى إتلاف الشىء إخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة انظر القاموس المحيط تلف والبدائع ج ٧ ص ١٦٤ .

(٩٨) انظر القاموس المحيط [فسد] .

(٩٩) الحاقة : آية ٢٩ .

(١٠٠) البقرة : آية ٢٠٥ .

(١٠١) النساء : آية ١٧٦ .

من العالم كقوله تعالى : «كل شىء هالك إلا وجهه »(١٠٢) .

٢ ـ التلف وهو أعم من الإتلاف لأنه كما يكون نتيجة إتلاف الغير فإنه قد يكون نتيجة آفة سماوية ويفهم من كلام القليوبى إدخال الإتلاف فى عموم التلف(١٠٣) .

٣ ـ التعدى جاء فى لسان العرب تعدى الحق جاوزه واعتدى فلان على الحق أى جاز عنه إلى الظلم وقد يكون من صور الإتلاف ما هو جور واعتداء(١٠٤) .

٤ ـ الجناية يقال جنى جناية أى أذنب ذنبًا يؤخذ به وإن كانت الجناية فى استعمال الفقهاء غلبت على الجرح والقطع والصلة بين اللفظين هى تحقيق المؤاخذة فى كل صور الإفساد كما تتحقق فى الجنايات وقد تتحقق فى بعض صور الإتلاف .

٥ ـ الإضرار هو إيقاع الضرر بالغير وقد يراد منه أى نقص يدخل على الأعيان وقد يتحقق هذا فى بعض صور الإتلاف .

٦ ـ الغصب وهو أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على سبيل المجاهرة وعلى وجه يزيل يده أو يقصّر يده فالقدر المشترك بين الإفساد والغصب هو تفويت المنفعة على المالك ويختلفان فى أن الغصب :

لا يتحقق إلا بزوال اليد أو تقصير يده أما الإفساد فقد يتحقق مع بقاء اليد كما أن هناك إختلافًا فى الآثار من حيث المشروعية وترتب الضمان(١٠٥) .

والقرطبى عندما تعرض لتفسير قوله تعالى : «ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ليذيقهم بعض الذى عملوا لعلهم يرجعون »(١٠٦) .

قال إن العلماء اختلفوا فى معنى الفساد والبر والبحر وضمن ما قاله إنه نسب إلى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بأنه فسر الفساد بنقصان البركة بأعمال العباد كى يتوبوا كما يدخل فيه كساد الأسعار وقلة المعاش وهذا معنى يمكن إضافته إلى ما سبق إلا أنه عقب على ذلك بقوله : «إن الفساد هو المعاصى وقطع السبيل والظلم أى صار هذا العمل مانعًا من الزروع والعمارات والتجارات »(١٠٧) وهكذا يمكن القول بأن نطاق الإفساد فى الأرض من العموم بحيث يشمل غير ما سبق جرائم أمن الدولة خارجيًا وداخليًا والخيانة والجاسوسية

---

(١٠٢) القصص : آية ٨٨ .

(١٠٣) حاشية القليوبى على منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢٠ ط الحلبى .

(١٠٤) لسان العرب (عدد) .

(١٠٥) انظر فتح القدير ج ٧ ص ٣٦١ وما بعدها ط الأميرية .

(١٠٦) الروم : آية ٤١ .

(١٠٧) الجامع لأحكام القرآن ج ١٤ ص ٤٠ .

والسعى أو التخابر لدى دولة أجنبية وانتهاك أسرار الدفاع أو الوظيفة والاشتراك فى جرائم أمن الدولة الخارجى وجرائم الأسلحة والذخائر والتجمهر وتعطيل المواصلات وجرائم الإسكان مثل خلو الرجل والفتن ... إلخ . وإتلاف أو سرقة المال العام والخاص والتربح من الوظيفة ... والغش التجارى والرشوة .. إلخ .

هذا الطابور الذى لا ينتهى من أمراض العصر كله داخل فى نطاق الإفساد فى الأرض ناهيك عن جرائم الغش العامة التى سرت فى أوصال المجتمع الإسلامى المعاصر..

«المبحث الثالث»

« الفقه ونطاق العقوبات البدنية فى المجتمع الإسلامى »

من منظور الفقه الإسلامى ليست العقوبات عمومًا بدنية وغير بدنية غاية فى ذاتها وإنما الغاية هى تمكين أصحاب الحقوق منها ومن المعروف أن الحق فى الفقه الإسلامى ذا طبيعة مزدوجة حيث لا يتسم بالفردية المطلقة ومرجع ذلك طبيعة تكوين الإنسان وأصل نشأته وخلقته وانفطاره من قبل خالقه جل وعلا وهذا انعكاس طبيعى لصفة الإنسان باعتباره كائنًا اجتماعيًا لا فردًا متفردًا منعزلاً ولذلك يقرر المحققون من قادة علم الأصول أن كل حق فردى مشوب بحق الله وحق الله يعنى المحافظة على حق الغير فردًا كان أو جماعة ـ والشاطبى مضمون قوله إن المحافظة على حق الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب بل وعن التعسف فى استعمال الحق أيضًا لترتب الضرر على الغير فى هذه الحالة وهذا يعنى إسباغ الحقوق صفة اجتماعية والعقوبة هنا تعنى دفاعًا شرعيًا خالصًا لتطهير البلاد والعباد من فساد وقع

وبغض النظر عن التكييف الفقهى لطبيعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهل هو من فروض الكفاية أو من فروض العين وبغض النظر أيضًا عن وسائل هذا الدفاع الشرعى عن الحقوق أو المصالح فإن الثابت أن الله عز وجل كلف المسلمين بدفع المنكر حتى ولو كان قوليًا حيث يقول عز وجل فى سورة الأنعام : «وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم حتى يخوضوا فى حديث غيره» ومع أن بعض المفسرين يرون أن الخطاب خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم لكن الرأى الراجح أنه يشمل جميع المسلمين وعبارة القرطبى

تقول : «والخطاب مجرد للنبى صلى الله عليه وسلم وقيل إن المؤمنين داخلون فى الخطاب معه وهو صحيح فإن العلة سماع الخوض فى آيات الله وذلك يشملهم وإياه» ولا يملك رجل الشارع من وسائل الدفاع إلا مجرد الإعراض فهو أمر ذا صفتين وسيلة دفاع من جهة وعقوبة من جهة أخرى وذلك بالنظر العقلى لسبب نزول الآية ـ وباعتبار أن تجاوز بعض الناس للحقوق داخل فى دائرة المنكر أو هو صورة متعددة للإفساد قولاً باطلاً أو فعلاً مخالفًا للشرع الإسلامى فإن وسائل الدفاع لإعادة التوازن فى دنيا الناس تختلف أيضًا .

فالعقوبة هنا يكلف بها رجل السلطة ورجل الشارع معًا ومن هنا أفتى الإمام صاحب الطرق الحكمية بأنه لا ضمان على تحريق الكتب المضللة وإتلافها من رجل السلطة أو من رجل الشارع كما يبين من عبارته شريطة أن لا يدفع الضرر بضرر أشد ودللّ على ذلك بأمثلة كثيرة ـ لا باعتبار ذلك وسيلة دفاع فقط بل وباعتباره عقوبة أيضًا كما أنه يجب لفت النظر إلى أمر هام وهو أن الشرع الإسلامى لم يشرع هذه العقوبات تحكمًا فى الناس وإذلالاً لهم وإنما شرعه لمصلحتهم وهذا فى حد ذاته بتعبير الشاطبى «يخرج المكلفين عن دواعى أهوائهم حتى يكونوا عباد الله إختيارًا كما أنهم عبيد له إضطرارًا» وصدق الله القائل :

«ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن» .

وفى الفقه الجنائى الإسلامى يمكن الحديث عن العقوبات بمايلى :

١ ـ عقوبات حدية «عقوبات الحدود» :

مثل القطع للسارق والرجم للزانى المحصن وغيرهما كما سبق بيانه وظاهر النص الشرعى يبين وجوب الوقوف عند عقوبة الحد فى السلوك المجرم «المعاصى» التى لها عقوبة حدية إلا أن أكثر الفقهاء يجيزون الجمع بين عقوبة الحد والتعزير على شخص الجانى فالإمام مالك مثلاً :

يرى أن الجانى الذى يرتكب فعلاً يوجب عليه قصاصًا دون النفس وليكن قطع رجل مثلاً ينبغى أن يقتص منه بالإضافة إلى عقوبة تعزيرية من باب التأديب له والزجر لغيره .

والإمام الشافعى كذلك يرى تعليق يد السارق المقطوعة على عنقه تعزيرًا وعقوبة مضافة لعقوبة الحد وبهذا الرأى قال الحنابلة والأحناف يجيزون التغريب بعد الحد تعزيرًا(١٠٨) .

---

(١٠٨) انظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها والشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٢ والشرح الصغير باب أحكام الجناية على النفس أو على .. ما دونها ج ٦ ص ١٠ وما بعدها والمغنى ج ١٠ ص ٢٦٦ وفى حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع وهو مصنف فى الفقه الحنبلى رأى يصف تعليق اليد بعد قطعها فى عنق السارق بأنه إقتداء بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وليست تعزيرًا انظرج ٧ ص ٣٧٣ ط جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ١٤٠٣ هـ وزاد المحتاج بشرح المنهاج ج ٤ ص ٢٤٤ .

ومما يجب توضيحه أن العقوبات البدنية فى الحدود هى القتل والقطع والجلد والصلب والموت رجمًا أو الجلد عقوبة لجريمة الزنا طبقًا لما هو منصوص عليه بتوافر أركان الجريمة كاملة بلا شبهة وفى القذف عقوبة الجلد وعدم قبول شهادة القاذف .

وفى شرب المسكر عقوبة الجلد وفى السرقة القطع وتعليق اليد بعد قطعها على رأى البعض وفى الحرابة القتل أو القطع أو الصلب(١٠٩) .

وفى الردة الاستتابة والقتل بعدها إن لم يستجب المرتد وهكذا يتوافر لدينا فى جرائم الحدود ثلاث عقوبات بدنية .

القتل والقطع والجلد أما الصلب فهى عقوبة مرتبطة بعقوبة أخرى أشد منها فى جريمة الحرابة .

٢ ـ عقوبات القصاص :

وهى القتل قصاصًا فى حالة ثبوت التهمة على الجانى وهذه حلقة من حلقات القصاص وهناك حلقة أخرى تتمثل فى الجناية على ما دون النفس عمدًا أو خطأ . والقصاص هو العقوبة الأصلية للجناية على ما دون النفس فى هذه الحلقة وتفصيل ذلك تطبيقيًا وشروطه ليس هذا محله .

---

(١٠٩) عن كيفية عقوبة الصلب يرى البعض من الائمة مثل الشافعي وأحمد أن الصلب متأخر رتبة بعد قتل المحارب حيث جاء النص مقدما القتل عليه وإعمالاً للنص يكون القتل أولاً ثم الصلب ثانيًا وأيضًا الصلب قبل القتل تعذيب للجانى وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فى حديثه «إن الله كتب الاحسان على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة» والرأى الراجح عند المالكية أن الصلب يجب أن يتقدم على القتل رتبة لأن الصلب فرض عقوبة والعقوبة لا تنفذ على ميت ومن ثم وجب أن يتقدم صلب الجانى قبل قتله لأنه شرع زيادة فى العقوبة وتغليظًا حتى لا تتساوى عقوبة من قتل مع من قتل وأخذ المال وأما رأى الأحناف فقد نص عليه الكاسانى بقوله أما كيفية الصلب فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يصلب حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخى وعن أبى عبيد أنه يقتل ثم يصلب والصحيح هو الأول لأن الصلب فى هذا الباب شرع لزيادة فى العقوبة تغليظًا والميت ليس من أهل العقوبة ولأنه لو جاز أن يقال يصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة فى الحديث قطع بعض الجوارح» .

وعندى أن كل عقوبة يقصد بها الردع للجانى والزجر لغيره فمتى تحقق هذا تم المراد وقد يختلف هذا الأمر من ظرف إلى آخر ...

ففى بعض الأوقات يحتاج الإمام سياسيا أن يصلب أولاً ثم يقتل وفى ظرف آخر يختلف الأمر ـ انظر قريبا من هذا القول ما ذكره الإمام ابن حزم الظاهرى المحلى ج ١١ ص ٣١٥ وما بعدها مسألة رقم ٢٢٦٠ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥٨ ط دار الكتب الإسلامية مصر ١٤٠٣ هـ .

٣ ـ العقوبة التعزيرية والتعزير[١١٠] :

هو أوسع أنواع العقوبات فى الشريعة الإسلامية دائرة وفى ظنى أنه شرع ليكون مجلس صلح بين المسلمين وحياتهم فى أى عصر من العصور لمرونته ـ وإذا كان الأصل أن كل معصية من منظور الشريعة الإسلامية توجب أو تجيز عقابًا نظرًا لأن بعض المعاصى لم تحدد لها عقوبة دنيوية ومن حق السلطان أن يقرر لها عن طريق أهل الاختصاص عقوبة مناسبة إذا كان فى ذلك مصلحة وقد يقرر للمعصية عقوبة بالنص لكن السلطاتّ المختصة ترى أنه من المصلحة إضافة عقوبة أخرى تعزيرية فمثلاً هناك نوع من المعاصى فيه كفارة[١١١] ولا حد فيه كالوطء فى نهار رمضان والقتل الخطأ وإفساد الإحرام وحنث اليمين والوطء فى الحيض فكل هذه المعاصى فيها كفارات عقابية ومع هذا يرى فريق من الفقهاء جواز الجمع بين هذه الكفارات وبعض العقوبات التعزيرية التأديبية[١١٢] كما أن هناك نوعاً من المعاصى ليس فيه حد ولا كفارة وهى معاصى كثيرة جدًا ولحماية الأفراد من الإنزلاق لمثل هذه المعاصى يمكن أن تصيغ السلطات المختصة فى الدولة المسلمة ما يمكن أن يسمى حماية قانونية عن طريق مظلة من العقوبات التعزيرية البدنية حماية للقيم الإسلامية بالعدل الذى هو حق فى الشرع الإسلامى يتمتع به كافة الناس دون تفرقة بين أوضاعهم الاجتماعية ولا يعنى هذا أن الشريعة الإسلامية تقوم بدور الجلاد الذى يلهب بسياطه ظهر مسجونه وإنما تقوم بدور الطبيب الحاذق الذى يشخص العلة والدواء ومن ثم فإن نطاق العقوبات البدنية يشمل

---

(١١٠) يقول الزيلعى فى التعزير «هو أى التعزير تأديب دون الحد وأصله من العذر بمعنى الرد والردع وهو مشروع ... بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى «واضربوهن» الآية ـ وهو يقصد أن هذه الآية الكريمة والتى تبدأ فى سورة النساء بهذا النص «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» آية ٣٤ أصل يعتمد عليه فى اثبات شرعية التعزير من القرآن الكريم وبمثل هذا القول قال الشيخ الشربينى الخطيب حيث أفاد أن قوامة الرجل فى بيته مناطها حماية الأسرة والعمل على مصلحتها وله السلطان المطلق فى تقدير ما يراه مناسبًا لهذه الحماية من الوعظ أو الهجر فى المضجع أو الضرب وإذا كان هذا شأن الزوج فى بيته فمن باب أولى أن يكون السلطان الحاكم للمسلمين وقوامته عليهم مناطها المصلحة والحماية ومن ثم فإن من حقه تجريم أى سلوك ينبنى على تجريمه مصلحة ويقطع طريق الفساد والضرر عن المسلمين ـ أما سند التعزير من السنة ما رواه أبو داود والنسائى بمعناه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى سرقة التمر «إذا كان دون نصاب غرم مثله وجلدات نكال» كما أنه عزر رجلا قال لغيره يا مخنث ـ ولا شك أن الاجماع انعقد على وجوبه انظر تبيين الحقائق ج ٣ ص ٢٠٧ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩١ والمهذب ج ٢ ص ٢٨٤ .

(١١١) الكفارة فى أصلها نوع من العبادة وهى عبارة عن عتق رقبة أو صوم أو إطعام مساكين وتفرض أحيانًا فيما لا يعتبر معصية وهى فى هذه الحالة عبادة خالصة مثل الإطعام بدلاً من الصيام لمن لا يقدر عليه كما أنها تفرض كعقوبة على معصية فى حالة القتل الخطأ وغيره .

(١١٢) انظر المهذب للشيرازى ج ١ ص ١٨٥ ط الحلبى .

مساحة واسعة من جرائم الحدود والتعازير حماية للناس من صور الفساد المتعددة فى هذا العصر.

«اقسام المعاصى خارج دائرة الحدود»

هذه الأقسام من خلال الرؤية الفقهية المعاصرة يمكن إيجازها فيما يلى:

(أ) ما شرع فى جنسه الحد ولا حد فيه مثل السرقة دون حرز ـ النشل ـ خيانة الأمانة ـ الاختلاس ـ اللواط على من يرى أن عقوبته ليست حدًا[(١١٣)] وكل هذا وأمثاله عقوبته تعزيرية يفترض أن البدنية منها تلعب دورًا حاسمًا فى حماية المجتمع من الفساد فى الأرض لاسيما عند العود لمثل هذه المعاصى.

(ب) ما كان فى الأصل سلوكًا مجرمًا داخلاً فى نطاق الحدود ولكن سقط الحد لشبهة إعترته مثل مسقطات القطع فى السرقة كرجوع السارق عن إقراره بالسرقة صراحة أو ضمنًا إذا لم يكن دليلاً إلا الإقرار وتملك السارق للعين المسروقة قبل القضاء عند الأحناف وتكذيب مالك المال للسارق فى إقراره بالسرقة أو تكذيبه الشهود فيما شهدوا به ومثل هذا القول يمكن أن يصلح أغلبه فى جرائم الحدود مع اختلاف مرتبط بطبيعة كل جريمة وعقوبة فمثلاً فى شرب الخمر أو المسكر عمومًا عند من يرى أن عقوبتها حدية تسقط العقوبة عند الرجوع عن الإقرار إذا لم يكن دليل إلا هو وعند رجوع الشهود عن شهادتهم إذا لم يكن دليل إلا الشهادة وكذلك بطلان أهلية الشهود وللشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ وهو شرط أبى حنيفة خاصة[(١١٤)] وفى ما سبق ومثله يجوز توقيع عقوبة تعزيرية تختلف طبعًا باختلاف الأشخاص حيث يقال ذوى الهيئات ومن لا شبهه فيهم أما من يتصور فيهم فعل ما نسب إليهم فإن للقاضى سلطة تقديرية فى اتخاذ ما يراه مناسبًا من عقوبة علتها مصلحة الجماعة على

---

(١١٣) بهذا الرأى قال الأحناف والزيلعى يقول ما نصه فى هذه المسألة «الوطء الموجب للحد هو الزنا» وهو بهذا يترجم فكر الإمام الأعظم على أن أكثر أئمة المذهب يرون عكس ذلك الحكم ومع اعتراف الإمام أبو حنيفة بحرمة اللواطة إلا أنه يرى أن الحد المقرر شرعًا ليس لهذا العمل المنكر إنما هو خاص بجريمة الزنا كما أن الأحاديث الواردة فى هذا الشأن لم تصح عنده لكن على أى الأحوال فإن المتفق عليه تقريبًا فى المذهب أنه يجوز قتل اللوطى المتمرس فى هذه الفاحشة سياسة لا حدًا انظر تبيين الحقائق ج ٣ ص ١٧٥ ، ١٨١ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(١١٤) يعترى بعض هذه المسقطات خلافات بين الفقهاء فما يسقط العقوبة عند البعض لا يسقطها عند البعض الآخر انظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ والمهذب ج ٢ ص ٢٨٥ والتشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عودة القسم الخاص ص٥١٣ مسألة إمتناع التنفيذ فى عقوبة جريمة شرب المسكر.

أن .. يلزم فى حكمه ببيان وجه المصلحة بيد أنه إذا قرر عقوبة بدنية هنا فإن المجال أمامه أن يبدأ بأقل ما ينتهى إليه الجلد وحتى ما قال به الإمام مالك رضى الله عنه لا حد لأكثر التعزير جلدًا مادام تنفيذ العقوبة منوط بالمصلحة[115] .

(جـ) أفعال المعاصى التى لم يشرع فيها حد كما أنها ليست حدودًا أسقطتها شبهه وهى كثيرة ومنها أكل لحم الميتة ولحم الخنزير وغش المكاييل والموازين وشهادة الزور وأكل الربا والسب والرشوة والقمار ودخول المنازل دون إذن من أصحابها وعقوق الوالدين وجرائم أمن الدولة خارجيًا وداخليًا كالخيانة والجاسوسية والسعى والتخابر لدى دولة أجنبية وانتهاك أسرار الدفاع والاشتراك فى جرائم أمن الدولة فى الداخل والخارج وجرائم الأسلحة والذخائر وجرائم التجمهر والاجتماعات العامة والمفرقعات وما يتعلق بها وتعطيل المواصلات .. إلخ . ما يمكن تجريمه من سلوك يتناسب ومقتضيات العصر عند الضرورة والمصلحة الدافعة لذلك[116] .

ويحتم الأمر أن نستعرض بعض الخصائص الفنية لعقوبة التعزير أولاً ثم بعد ذلك نذكر بعض الأمثلة لعقوبة التعزير ثانيًا .

المبحث الرابع
« بعض الخصائص الفنية لعقوبة التعزير »

١ ـ العقوبة التعزيرية تؤكد بوضوح أن الفقه الإسلامى الجنائى لا يقل عن غيره من التشريعات بل إنه يمتاز بالسمو والتفوق وسعة النطاق ووضوح الفكرة وتنظيمها وآية ذلك أن العقوبة التعزيرية متعددة الأهداف فمنها ما هو للزجر والردع دون انتقام ومنها ما هو غير ذلك فإذا ما أضفنا إلى ذلك العقوبات المقدرة من حدود وقصاص عرفنا أن الفقه الإسلامى أوجب عديدًا من العقوبات فى عديد من الحالات تناسب النفس البشرية مما يساعد على حسن تطبيق العقاب وإلباس كل حالة ما يناسبها مما يكون أوفى بالغرض وأجدى للناس .

(١١٥) يراجع الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٣٧ .

(١١٦) يقول صاحب الكنز «إن التعزير قد يكون بالصفع وبتحريك الأذن وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضى إليه بوجه عبوس وليس فيه شىء مقدر وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنايتهم فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية فينبغى أن تبلغ غاية التعزير فى الكبيرة» ج ٣ ص ٢٠٨ وانظر حاشية عابدين ج ٣ ص ١٨٣ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

٢ ـ الإعفاء الجوازى المتروك للسلطات فى الدولة الإسلامية أمر يجب التعويل عليه فالسلطة المختصة فى الدولة الإسلامية إذ رأت أن المصلحة فى التعزير حتى فى الحالات التى قيل فيها بعدم العقاب أقامته مما يجعل العقوبة التعزيرية متسمة بالمرونة تساعد على فرض العقاب المناسب لكل واقعة دون زيادة أو نقصان وإن رأت أن المصلحة فى تركه فلا عقوبة وفى ظل هذا النظام نرى اتساع سلطات القاضى الجنائى المسلم ليقيم العدل والصلح بين الشرع والناس بلا إفراط ولا تفريط ويدخل ضمن الإعفاء الجوازى الأعذار المخففة حيث يخفف القاضى العقوبة عندما يقترن بالواقعة عذر مخفف لأن من يملك الأقوى يملك الأضعف من باب أولى(١١٧) .

وفى القانون الوضعى نجد عقوبات معينة مقدمًا لكل جريمة بمعرفة المشرع وأن هناك إعتبارات يحددها الشارع ويرى معها إعفاء المجرم من العقاب فى أحوال خاصة فينص على ذلك فى نصوص صريحة محددة(١١٨) .

٣ ـ إن فى تطبيق العقوبة التعزيرية حسم لمادة وسائل الفساد فى باب سد الذرائع فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة فإن على ولى الأمر منع ذلك الفعل مع سلامته وتقرير عقوبة تعزيرية على من يأتى به(١١٩) والتطبيق العملى لذلك كثير جدًا منه البيع بعد نداء الجمعة الموجب للسعى للمتبايعين أو أحدهما لأنه وسيلة إلى التخلف عن الجمعة أو فوات بعضها ومنه زواج المسلم بالكتابية فى دار الحرب لما يخشى على الذرية من التنصر وبيع الأرض للذى يتخذها وكرًا للسكر والفساد وتأجير الحوانيت لبيع الخمر وبيع العنب لمن يعصره خمرًا وعقود الضرر لأنها ذريعة إلى أكل أموال الناس بالباطل(١٢٠) .

---

(١١٧) يقول صاحب الكنز «إن التعزير قد يكون بالصفع وبتحريك الأذن وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضى إليه بوجه عبوس وليس فيه شىء مقدر وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنايتهم فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية فينبغى أن تبلغ غاية التعزير فى الكبيرة» ج ٣ ص ٢٠٨ وانظر حاشية عابدين ج ٣ ص ١٨٣ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١ .

(١١٨) التعزير للدكتور عبد العزيز عامر من بند ٤٤٢ .

(١١٩) الذريعة فى اللغة الوسيلة إلى الشىء والسبب الموصل إليه حسيًا كان أو معنويًا وهى فى الاصطلاح المسألة التى ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحرم والمراد من سد الذرائع غلق الوسائل المؤدية إلى المحرمات انظر أصول الأحكام الشرعية ا .د يوسف قاسم ص ١٧٧ وانظر ما ذكره الشوكانى من فوائد متصلة بمباحث الاستدلال الفائدة الرابعة وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٧ .

(١٢٠) انظر العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام هامش تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٨ وما بعدها .

وعلى الجملة كل ما يرى فيه أهل الاختصاص فى الدولة المسلمة مصلحة للمسلمين

٤ ـ عقوبة التعزير مفوضة . التعزير يختلف باختلاف الجريمة ويختلف باختلاف الأشخاص وهذه الخاصية تحتم التفويض فى العقوبة وابن عابدين يقول فى ذلك «إن التعزير يختلف باختلاف الأشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضًا إلى رأى القاضى يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه وإن ذلك رأى الحنفية» . ويقول الكمال بن الهمام «إنه ـ أى التعزير ـ ليس فيه شىء محدد بل مفوض إلى رأى القاضى لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه»[١٢١] .

وإذا كان التعزير مفوض إلى رأى القاضى يقيمه بقدر ما يعلم أن الجانى يرتدع به مع الأخذ بالاعتبار حال الجريمة ووقائعها وإذا كان هناك من يرى أن هذا التفويض ليس على إطلاقه إلا أن الرأى الغالب أن التفويض على إطلاقه من حيث الجنس والقدر لاختلافه باختلاف الناس واختلاف السلوك المجرّم والزمان والمكان ولا يعنى ذلك حرية القاضى المطلقة فى الحكم بأية عقوبة إنما عليه أن يقف عند العقوبة اللازمة الكافية لتحقيق غرض الشارع ويكون حاله مع الجانى كحال الطبيب مع المريض ومن ثم فإن سلطان القاضى مغلول بما فيه مصلحة الناس وليس هناك ما يمنع فقهًا فى تعيين العقوبة أو العقوبات فى كل جريمة ويشهر ذلك على الكافة ثم يجعل تطبيقها أو الاختيار فيما بينها وجوبيًا أو جوازيًا للقضاه على أن يراعى فى ذلك توسيع سلطتهم حتى يعالجوا كل واقعة بما يناسبها فى سهولة ويسر ولا بأس من أن يجرى تعديل هذه العقوبات كلما كان فى ذلك مصلحة[١٢٢] وإذا كان التعزير عقوبة مفوضة باتفاق الفقهاء جميعًا تقريبًا فإن ذلك يمنحه مرونة ويسر وسهولة فى إجراءات التقاضى كما ينبنى عليه سرعة الفصل فى الخصومات وفى هذا عدالة ومصلحة .

٥ ـ تنوع وتعدد العقوبات فى التعزير يعالج مساحة واسعة فى أهداف العقوبة كما يعالج كل سلوك مجرّم بعد الحدود والقصاص كما أن بعض هذه العقوبات يمس الجانب المعنوى للإنسان مباشرة مثل الوعظ والتشهير والعزل والتوبيخ والهجر والإعلام والإحضار لمجلس القضاء والتهديد ووقف تنفيذ العقوبة وكل ذلك ثابت بسنة النبى صلى الله عليه وسلم وفعل الصحابة رضوان الله عليهم فقد جاء فى صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال أُتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب قال اضربوه قال أبو

---

(١٢١) انظر حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٨٣ وشرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٥ .

(١٢٢) التعزير د / عبد العزيز عامر ص ٤٨٢ .

هريرة رضى الله عنه فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض القوم أخزاك الله قال لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان[١٢٣] وفى رواية باسناده ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه بكتوه فأقبلوا عليه يقولون ما أتقيت الله ما خشيت الله ... ما أستحييت من رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا التبكيت نوع من التعزير القولى الذى يمس الجانب المعنوى للإنسان بصفة مباشرة وهذا لا يتوافر فى غير العقوبة التعزيرية ولأهل الاختصاص استخدام كل ما يعنّ لهم فى هذا الشأن شريطة أن لا تتجاوز ألفاظ التوبيخ هذا النطاق حتى لا تمثل قذفًا[١٢٤] من اللفظ فوسائل التوبيخ ليست متعينة محصورة ويقول الماوردى فى ذلك :

«إن تعزير من جل قدره يكون بالاعراض عنه وتعزير من دونه بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف الذى لا قذف فيه ولا سب»[١٢٥] ومع أن بعض هذه العقوبات أو كلها يكون عقوبة أصلية وقد يكون عقوبة تبعية أو تكميلية إلا أن إتصالها بالجانب المعنوى للإنسان ثابت ودائم ونظرًا لأن التعزير يعالج كل معصية لا حد فيها ولا كفارة فإنه يشمل جرائم كثيرة منها جرائم الإعتداء على النفس وما دونها إذا عفا المجنى عليه أو ولى دمه أو سقط القصاص لأى سبب من الأسباب[١٢٦] عمدًا أو شبه عمد أو خطأ كانت الجريمة كما تشمل كل الجرائم المضرة بالمصلحة العامة كالرشوة والتجسس والربا واستغلال النفوذ وجرائم التموين مثل غش المكيال والبيع بأكثر من التسعيرة واختلاس المال العام أو الاعتداء عليه أو الاستيلاء عليه وتجاوز الموظف حده فى الوظيفة وكذلك جرائم الاعتداء على الأعراض وإفساد الأخلاق والأفعال الفاضحة وكذلك جرائم الإضرار بالطبيعة مثل قتل الحيوانات المستأنسة وقطع الأشجار الخضرة وأشجار الزينة أو الاعتداء عليها .. إلخ .

٦ ـ التعزير والجريمة القلقة : تقوم المسئولية الجنائية فى الفقه الإسلامى على أسس ثلاثة إتيان فعل مجرّم وإختيار الفاعل وقصده وإدراكه لما يفعله من سلوك مجرّم ـ على أن

---

(١٢٣) صحيح البخارى ج ٨ ص ١٤ كتاب الحدود .

(١٢٤) البدائع ج ٧ ص ٦٤ .

(١٢٥) الأحكام السلطانية ص ٢٢٤ .

(١٢٦) يقول ابن رشد «واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث إنه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور إلا أن يكون معروفاً بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى» انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٤٩٤ ط ثانية ١٤٠٣ هـ مصر.

الفعل المجرّم يباح فى الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة ولكنها كلها ترجع إما لاستعمال حق وإما لأداء واجب ذلكم أن الأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة لكن الشارع رأى إستثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم ظروف خاصة لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة(١٢٧) .

كذلك عرف الفقه الجنائى الوضعى الإباحة والإعفاء من العقوبة ويقوم سبب الإباحة أو مانع المسئولية وقت إرتكاب المظهر المادى للجريمة أما الأسباب المانعة من العقاب فتطرأ بعد اكتمال عناصر المسئولية الجنائية فيتوافر لدى الفاعل العنصر المعنوى والقدر اللازم من التمييز لحمل المسئولية وقد ركن هذا الحكم ـ فى الفقه الوضعى إلى قاعدة كما أن للمجتمع حق العقاب فمن حقه كذلك العفو عن العقوبة يستعمله كلما وجد من ورائه فائدة وتقدير هذه الفائدة متروك بصفة عامة لرئيس الدولة واستثناء من هذا ينص القانون على أسباب محددة للإعفاء لا يترك التقدير فيها للقاضى أو رئيس الدولة وتخصيص هذه الأسباب بالنص مرده الفائدة الظاهرة التى تعود على المجتمع من إعفاء الفاعل من العقوبة مثل إعفاء الخاطف من العقوبة إذا تزوج بمن خطفها زواجًا شرعيًا وفى ذلك محو للآثار الناجمة عن الجريمة وغير ذلك كثير(١٢٨) وتتفق الأسباب المعفية من العقاب مع موانع المسئولية فى أن الإعفاء لا ينفى الحالة الخطرة ولا الضرر المترتب على الفعل ولا يستفيد منه إلا من قام به السبب .

كذلك فرق الفقه بين العناصر المكونة للجريمة وبين ظروفها والتى هى عناصر ملحقة بها وقد تتوافر أو لا تتوافر وعدم وجودها لا يؤثر فى قيام الجريمة أما وجودها فيغير من مسئولية الفاعل بالنقص أو الزيادة مع ملاحظة عدم الخلط بين ركن الجريمة وظرفها ومن ثم فإن القاضى يستطيع النزول بالعقوبة إلى الحد الأدنى عند وجود أسباب للتخفيف كما يستطيع الارتفاع إلى الحد الأقصى عند وجود أسباب للتشديد ولا يقال عندئذ إنه يخفف أو يشدد العقاب وإنما يطبق عقوبة الجريمة فى الحالتين وهنا لا صعوبة فى تكييف الجريمة حيث شددت العقوبة فى نطاق النوع الأصلى للجريمة وكذلك لا صعوبة فى التشديد الوجوبى

(١٢٧) يراجع ما كتبه الفقهاء فى الصيال مثل حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨١ والمغنى ج ١٠ ص ٣٥٠ وما بعدها والزيلعى ج ٦ ص ١١٠ وما كتبه علماء الأصول فى الحكم التكليفى والحكم الوضعى مثل قواعد الأحكام للفقيه عز الدين بن عبد السلام ج ١ ص ٥٥ وما بعدها والمستصفى للغزالى ج ١ ص ٦٦ وشرح الأسنوى ج ١ ص ٤٢ والإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٣٨ وما بعدها .

(١٢٨) شرح قانون العقوبات د / محمود مصطفى ص ٧٥ .

حيث لا يستطيع القاضى أن يحكم بغير عقوبة الجناية هذا فضلاً عن تغييره لطبيعة الفعل من حيث جسامته وخطره الاجتماعى لكن قد تشدد العقوبة عن طريق إحلال عقوبة جناية محل عقوبة جنحة جوازيًا فهل تكون العبرة بالعقوبة المقررة لها فى صورتها البسيطة فتظل جنحة أم تكون بالعقوبة المشددة التى نطق بها أو يحتمل أن ينطق بها فتتحول إلى جناية (١٢٩) ؟.

ذهب رأى إلى أن الجريمة تظل جنحة ولو حكم فيها بعقوبة الجناية لأن التشديد علة ليست فى الفعل فهو لا يتغير من حيث ماديته وخطره الاجتماعى وإنما علة التشديد شخص الجانى وبالتالى تخضع الدعوى لمدة تقادم الجنح هذا فضلاً عن أن الضابط فى التمييز بين أنواع الجرائم العقوبة التى قدرها القانون إبتداء لا العقوبة التى وقعها القاضى ومحكمة النقض المصرية أخذت بهذه الوجهة من النظر حيث قررت أن توقيع عقوبة الجناية عند تحقق حالة العود المركب لا يغير من طبيعة الجريمة التى صدر بشأنها هذا الحكم وهى فى ذاتها جنحة وتسقط الدعوى فيها بمضى ثلاث سنوات (١٣٠) .

ثم عدلت المحكمة عن رأيها السابق وذهبت إلى أن سبب التشديد الجوازى يجعل الجريمة جناية أو جنحة بحسب ما يحكم به القاضى فعمل القاضى نفسه هو الذى يكيف وصف الجريمة فيجعلها جناية أو يبقيها جنحة على حالها (١٣١) ومن ثم فالجريمة تكون قلقة النوع حيث تكون جنحة أو جناية تبعًا لنوع العقوبة التى تقضى بها المحكمة وهذا يمثل تضاربًا فى الفقه الجنائى الوضعى حيث لا يوجد وصف دقيق للفعل المادى المكون للسلوك المجرّم كما أنه يمثل نوعًا رابعًا يضاف على الأنواع التى حددها القانون « الجناية والجنحة والمخالفة » كما أن نوع الجريمة لا يحدده القاضى وإنما نص القانون وعلى أى حال فقد رد على الرأى السابق بأن تحديد الشارع لدرجة جسامة الجريمة لم يكن بناء على مادياتها فحسب وإنما كان بناء على جميع الاعتبارات التى تحدد مقدار خطورتها بما فيها العناصر الشخصية للجريمة ومازال

---

(١٢٩) الظروف المشددة إما عينية مثل الإكراه فى السرقة البسيطة وكذلك الحال فى اجتماع ظرف الليل والتعدد وحمل السلاح فى السرقة م ٣١٤ ، ٣١٦ ، ٣١٨ من قانون العقوبات وإما شخصية يترتب عليها إحلال عقوبة الجناية محل عقوبة الجنحة مثل حقنة الطبيب أو الجراح أو الصيدلى أو القابلة فى جريمة الإسقاط قارن م ٢٦٣ مع م ٢٦١ ع كما أن أسباب أو ظروف التشديد من ناحية أخرى وجوبية وجوازية مثل العود م ٥٤٥١ ع .

(١٣٠) نقض ١٩٢٥/٤/٧ تأييد الحكم محكمة جنايات مصر ف ١٩٢٥/١/٧ وجنايات بنى سويف فى ١٩٢٦/١٢/٤ المجموعة الرسمية س ٢٦ ص ٣٩ رقم ١٥ والمحاماة س ٧ رقم ٣٤٢ ص ٣٥٠ .

(١٣١) نقض ١٩٢٩/٢/٢١ ونقض ١٩٣٥/٢/١ ونقض ١٩٤١/٢/١٧ انظر مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٦٧ ص ١٦٨ وج ٢ رقم ٣٢٧ ص ٤٤٧ وج ٥ ص ٣٩٩ رقم ٢١١ .

هذا الموضوع بين مؤيد ومعارض حتى الآن[١٣٢] .

فهل عرف الفقه الإسلامى مثل هذا اللون من الجريمة ؟؟ تعزيرًا أو حدًا فمن المعروف أن الفقهاء عرفوا جرائم الحدود بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بعقوبة مقدرة تجب حقًا لله تعالى ـ وهذا يعنى أن ثمرة العقاب فى الجريمة الحدية مردها كافة الناس بالدرجة الأولى ويبين من التعريف السابق للجريمة الحدية مايلى :

١ ـ أنها مقدرة وهذا يعنى زوال أى سلطان أمامها بالزيادة أو النقص .

٢ ـ كما أن النصوص صريحة فى عدم جواز العفو عنها من قبل أى شخص كان حتى ولو كان سلطان المسلمين طالما دفع الأمر إلى القضاء .

٣ ـ أن الأصل فى وجوبها غايته تحقيق مصالح الكافة ولذلك يقول صاحب الكنز بعد أن عرف الجريمة الحدية ما نصه « فلا يسمى التعزير حدًا لعدم التقدير ولا القصاص لأنه حق العبد وحكمه الأصلى الإنزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد ولهذا كان حقًا لله تعالى لأنه شرع لمصلحة تعود إلى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم أصلى لإقامة الحد لأنها تحصل بالتوبة لا بإقامة الحد إلى أن يقول ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له »[١٣٣] وهذا يعنى دقة كاملة تامة فى قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص فى جرائم الحدود حيث حدد الفعل المجرّم وحددت عقوبته .

وباستعراض النصوص فى شأن جرائم القصاص والدية نجد أن جرائم القصاص محددة وما يتعلق بالدية فى جرائم القصاص إذا عفى عنه أو امتنع لسبب شرعى ثم القتل شبه العمد والقتل الخطأ وإتلاف الأطراف خطأ والجرح خطأ محدد وواضح وبالتالى نستطيع الجزم بأن جرائم الحدود والقصاص والدية لم تعرف ما يسمى بالجريمة القلقة بقى ما يتعلق بالتعزير ومن المعروف أن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص طبقها الفقه الإسلامى فى التعزير أيضًا لكن ليس على الوجه الذى طبقت به على جرائم الحدود والقصاص والدية حيث لم تتقيد بالحدود الضيقة التى قيدت بها فيما سبق[١٣٤] والتعزير وإن كان فيه تفويض كما سبق إلا أن القاضى ليس حرًا فى فرض العقاب الذى يراه لكل حالة بغير ضابط بل هو مقيد فى ذلك تقيدًا دقيقًا لقيد عام هو ألا يتجاوز المناسب من العقوبة إلى غيره وعليه الوقوف بالعقوبة

---

(١٣٢) انظر د / رءوف عبيد جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال فى القانون المصرى ص ٣٢١ وما بعدها ط خامسة نهضة مصر ١٩٦٥ والأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد ص ٥١ والقسم العام ا.د. نجيب حسنى ص ٥٨ .

(١٣٣) انظر البدائع ج ٧ ص ٣٣ وتبيين الحقائق ج ٣ ص ١٦٣ .

(١٣٤) يراجع التشريع الجنائى الإسلامى للشهيد عبد القادر عودة القسم العام ص ١٢٦

التى تحقق أغراض الشارع وإذا جاز للقاضى المسلم التشديد فى العقوبة فإن ذلك يكون نزولاً على غرض الشارع الذى يرى أن التشديد لا لعلة فى شخص الجانى فقط حيث يكون المعيار شخصيًا وإنما علة التشديد تجمع مع المعيار الشخصى جسامة الأفعال المادية المكونة للجريمة ومدى خطورتها الاجتماعية فتقيد القاضى بالمناسب اللازم للزجر فى كل حالة تعرض عليه بتفويض من الشارع ينبنى عليه أن نوع الجريمة لا يحدده القاضى وإنما يحدده الشرع مما ينبنى عليه أن لا يوجد ما يسمى بالجريمة القلقة وحال الوالى فى اختصاصه بالسياسة كحال القاضى فى اختصاصه بالأحكام .

المبحث الخامس
« أمثلة للعقوبة التعزيرية غير البدنية »

المثال الأول ـ العقوبة المالية :

لا جدال فى أن الفكر الجنائى الوضعى عرف وطبق العقوبة المالية بشطريها (الغرامة) وهى قدر من المال على سبيل التحديد يدفعه شخص ما أدين فى تهمة إلى خزانة الدولة (والمصادرة) وهى أموال مملوكة لشخص ما أدين فى تهمة تُنتزع منه وتؤول ملكيتها إلى الدولة وفى كلا العقوبتين تصير ملكية المال فى النهاية للدولة ، فهل عرف الفكر الإسلامى العقوبات المالية كوسيلة رادعة ضمن منهجه ؟؟ أم أن العقوبة من هذا النوع من باب أكل أموال الناس بالباطل خاصة إذا ما آل المال فى ملكيته إلى الدولة فى نهاية المطاف ؟؟ وهل من شأن هذه العقوبة أن تفتح باب الظلم على مصراعيه حيث تجد بعض السلطات فى الدولة السند الفقهى للاستيلاء على أموال الناس بغير حق لاسيما إذا كانت قيادة هذه السلطات ضالعة متفننة مبتكرة ... لأساليب جديدة ظاهرها الحق وباطنها الباطل ؟؟.

والجواب عن ذلك كله يتلخص فيمايلى لبيان وجهة نظر الفكر الجنائى الإسلامى فى هذه العقوبة المالية الداخلة فى نطاق العقوبات التعزيرية .

١ ـ إن التعزير كعقوبة ـ طبيعتها التفويض ـ بمعنى أنها تفويضية للسلطات ، يؤدب بها من شاء على ما شاء بما شاء ـ على حد تعبير الإمام الراحل محمود شلتوت (١٣٥)

(١٣٥) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٩٤ .

تفويضيتها إذا جاز التعبير مرونة كاملة فى بسط كل السلطات للحاكم «الذى حدد الكتاب والسنة مركزه فى الأمة وهدفه فى الجماعة» فى أن يقرر منفذًا من هذه العقوبات كل ما ينبنى عليه إستقرار النظام وصالح الجماعة غير مقيد فيما يراه إلا بما تقضى به مشورة أهل الرأى والنظر وهى : ملزمة له ليس له الفكاك منها حيث يرتب هذا القيد مصلحة الأمة والتى هى مناط شرعية هذه العقوبة وبدون سلطات الحاكم ومشورة أهل الرأى تنعدم المصلحة للأمة والشرعية للعقوبة .

٢ ـ إن السنة النبوية المطهرة الصحيحة تؤكد عدم القيد على وجوب العمل بهذه العقوبة فى مجالات متعددة منها على سبيل المثال :

«إن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال وضربوه» وحرق المتاع عقوبة ... مالية لا خلاف فى ذلك وقد روى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما «إن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن التمر المعلق فقال : من أصاب بغية من ذى حاجة غير متخذ خُبْنة[١٣٦] فلا شىء عليه ومن خرج بشىء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة»[١٣٧] ومعنى هذا أن المخرج غير ما يأكل من التمر ... توقع عليه غرامة مالية تقدر بمثلى ما أخرج .

ولعل أبلغ ما يمكن الاستشهاد به على صحة ما نقول ما روى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال سمعت «رسول الله صلى عليه وسلم يقول فى كل إبل سائمة فى كل أربعين ابنه لبون لا تفرق إبل عن حسابها (أى لا يفرق أحد الخليطين ملكه عن ملك صاحبه) من أعطاها مؤتجرًا فله أجرها ومن منعها فإنا اخذوها وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شىء»[١٣٨] .

وشطر الشىء نصفه وقيل بعضه والعزيمة فى اللغة من العزم وهو الجد فعزيمة الله فريضته ويعرفها الآمدى من زعماء علم أصول الفقه بأنها ما تلزم العباد بالزام الله تعالى مثل العبادات الخمس[١٣٩] ووجه الدلالة من النص إن أخذ شطر المال من مانع الزكاة ـ فى هذه الحالة ـ عقوبة مالية على سبيل التعزير أمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ وانتقل

---

(١٣٦) الخُبنة بضم الخاء المعجمة وسكون الباء الموحدة ما يحمله الإنسان فى حضنه .

(١٣٧) هذا النص جزء من حديث نبوى أورده شارح المنتقى وغيره مثل حديث تغريم كاتم الضالة وعلق على هذه النصوص بقوله وبحق «هذه النصوص واردة على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره لأنها وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتابًا وسنه بتحريم مال الغير» انظر ج ٤ ص ١٨٢ .

(١٣٨) الحديث رواه أحمد والنسائى وأبو داود وأخرجه الحاكم والبيهق انظر نيل الأوطار ج ٤ ص ١٧٩ .

(١٣٩) يراجع المصباح المنير باب العين مع الزاى والاحكام ج ١ ص ١٢١ .

هذا الأمر تفويضًا إلى سلاطين الديار الإسلامية مع الأخذ بعين الاعتبار مناط المصلحة زمانًا ومكانًا فى تنفيذ هذه العقوبة . بيد أن هناك من أهل العلم من يرى رأيا آخر لهذه المسألة .

«الرأى الآخر فى التعزير بالمال»

١ ـ إن مبدأ تحريم مال الغير فى الفقه الإسلامى جعل من يقول فى هذا الشأن يجب على الإمام أن يأخذ الزكاة قهرًا إذا لم يرض رب المال فقط ومن ثم لا يجوز له التعزير بالعقوبة المالية فولايته قبض الزكاة وقد حمل لواء هذه الفكرة أكثر مفكرى المذهب الحنفى والإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه فى الجديد إستنادًا إلى حديث ناقة البراء لأنه صلى الله عليه وسلم حكم بضمان ما أفسدت ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم فى تلك القضية أضعف الغرامة[١٤٠] .

وبذات الفكرة نادى كثير من الحنابلة أيضًا[١٤١] على أن هناك عدة أسانيد أخرى يستدل بها أصحاب هذا الاتجاه لبيان وجهة نظرهم فى هذا الشأن منها على سبيل المثال .

٢ ـ إنه لا يجوز لإنسان ما حاكم أو غيره أخذ مال الغير دون مبرر أو سبب يمكن الاستناد عليه وذلك تطبيقًا للنصوص الواردة فى هذا الشأن مثل قوله تعالى : «يأيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله جل شأنه أيضًا «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقًا من أموال الناس بالإثم» وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى خطبة الوداع «إنما دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا» وقوله صلى الله عليه وسلم :

«لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه»[١٤٢] وأيضًا يسوق أصحاب هذا الرأى تلكم الحجة والتى يتلخص مضمونها فى أن إباحة التعزير بالعقوبات المالية ربما يكون ذريعة للحكام الظلمة مما يؤدى إلى مصادرة أموال الناس بالباطل وأخذه منهم دون وجه حق بل ويمكن أن تؤول ملكية بعضه إلى الطبقة الحاكمة دون خزانة الدولة ومن

---

(١٤٠) نيل الأوطار ج ٤ ص ١٨٠ .

(١٤١) يراجع غاية المنتهى فى الجمع بين الإقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف الكرمى المقدس الحنبلى المتوفى ١٠٣٣ هـ ج ٣ ص ٣١٧ ط المؤسسة السعيدية بالرياض ط ثانية ١٤٠١ هـ

(١٤٢) انظر نيل الأوطار ج ٤ ص ١٨٢ والبقرة آية ١٨٨ والنساء آية ٢٩ .

ثم لا يتحقق نفع عام وإنما تكون منفعة هذه الأموال بعد اغتصابها من أصحابها قاصرة على طبقة خاصة .

ـ ويضيف أصحاب هذا الرأى أخيرًا ما مفاده فى أن العقوبات المالية على سبيل التعزير كانت مقررة فى صدر الإسلام ثم نسخت وقد نقل الطحاوى والغزالى الاجماع على نسخ العقوبة بالمال[١٤٣] .

« نظرة تحليلية للمسألة »

بيد أنه يمكن القول تحليلاً لهذه المسألة ما يلى :

(أ) وجهة النظر التى ترى بأن الناسخ لعقوبة التعزير ماليا هو حديث ناقة البراء لأنه صلى الله عليه وسلم حكم بضمان ما أفسدت الناقة ولم ينقل عنه فى تلك القضية أنه أضعف الغرامة ـ يعنى أن تركه صلى الله عليه وسلم للمعاقبة بأخذ المال مغرمًا لا يستلزم الترك على سبيل الإطلاق ومن ثم لا يصلح دليلاً للتمسك به على عدم جوازية العقوبة المالية وجعله ناسخًا للحكم على سبيل القطع بل إن الإمام الشوكانى نقل عن جمع من العلماء ما يفيد بأنه لا يعلم فى جوازية العقوبة المالية تعزيرًا خلافًا بين أهل البيت ودلل على ذلك بنصوص كثيرة منها حديث سعد بن أبى وقاص حيث سلب عبدًا وجده يصيد فى حرم المدينة وقال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « من وجدتموه يصيد فيه فخذوا سلبه » وكذلك حديث تغريم كاتم الضالة أن يردها ومثلها[١٤٤] .

(ب) القول الذى يفيد بأنه لا يجوز أخذ مال المسلم إلا بناء على سبب شرعى يكون سندًا لمصادرته ونقل ملكيته إلى بيت المال عقابًا على سلوك مجرّم وقع من مالك لمال يمكن مناقشته بأن السند الشرعى لأخذ المال موجود وهو المصلحة وقصد الردع والتأديب وإقرار الحق والعدل بل إن صلاحية الشرع الإسلامى لكل الأزمنة والأمكنة تقتضى العمل بهذه العقوبة مع مراعاة ظروف الجانى والزمان والمكان ومدى بشاعة الاعتداء على حقوق الأفراد والجماعات بل إننا نجد ما يفيد أن مثل هذه العقوبة توغل فى القدم التاريخى لديانة سبقت الإسلام حيث حرق موسى عليه السلام العجل الذى

(١٤٣) انظر تعليق الامام الشوكانى على هذه المسألة نيل الأوطار ج ٤ ص ١٨٠ .

(١٤٤) نيل الأوطار ج ٤ ص ١٨١ والحديثان أخرجها مسلم .

عبده اليهود وألقى برادته فى اليم وفى هذا ما يكفى للقول بجوازية العقوبة المالية مع إتلاف المال أحيانًا[١٤٥] .

(جـ) أما القول الذى مضمونه أن إباحة التعزير بالعقوبات المالية يخشى منه أن يكون ذريعة للحكام الظلمة حيث يصادرون أموال الناس بالباطل فهذا قول مردود عليه أيضًا من نظرين :

الأول : أن هناك من الضوابط الفقهية ما يحول بين الحاكم وبين ظلمه للرعية فى أخذ المال دون وجه حق ومن ثم فإن العقوبة المالية غرامة أو مصادرة تكون أمرًا واجبًا على الحاكم فعله لانضباط حركة الحياة عدلاً فى المجتمع الإسلامى .

الثانى : أن الأصل فى الحاكم المسلم أن يكون عدلاً وليس هو من يخلع عليه طائفته أو إقليمه أو نفر من الناس لقب الحاكم وأساس ذلك أن السمة التى تتميز بها الدولة الإسلامية باعتبارها دولة من طراز خاص وطبيعة متميزة محكومة بقواعد إلهية تحتم على السلطة العامة العمل فى نطاقها ومن ثم فإن السلطة هنا لا تعدو إلا أن تكون منفذة للقانون الإسلامى الذى يرسى قواعد العدل وعزل الحاكم هنا أمر واجب إذا ما خرج على قواعد العدالة ومصادرة أموال الناس بالباطل .

(د) إن فعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم يؤكد دستورية العقوبات المالية تعزيرًا ويبطل أى قول يرى عدم شرعية هذه العقوبة وابن القيم يعلق على هذه المسألة وعلى من يرى بأن العقوبة المالية تعزيرًا نسخت بعد أن كانت مقررة فى صدر الإسلام بقوله «والمدّعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصحح دعواهم إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد وإذا ارتفع عن هذه الطبقة إدعى إنها منسوخة بالاجماع وهذا خطأ أيضًا فإن الأمة لم تجمع على نسخها ومحال أن ينسخ الاجماع السنة»[١٤٦] .

(هـ) نقل بعض الباحثين عن الأحناف ما يفيد بجواز توقيع العقوبة المالية تعزيرًا بحيث تكون صلاحية السلطات فى الدولة قاصرة على حبس مال الجانى حتى يتوب ويقلع

---

(١٤٥) عالج ابن القيم مسألة التعزير بالعقوبات المالية وأباح شرعيتها وعدد أمثلة كثيرة فى هذه المسألة وقال ما نصه «ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً» انظر الطرق الحكمية ص ٢٦٧ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٣ حيث ذكر ابن فرحون أمثلة كثيرة للدلالة على جوازية العقوبة المالية ونقل ملكية المال للدولة أو إتلافه سياسة .

(١٤٦) الطرق الحكمية ص ٢٦٧ .

عن فعله الذى يعذر من أجله ثم يرد إليه ماله متى ثبتت توبته وإلا فإن الإمام ينفق هذا المال فى مصالح المسلمين(١٤٧) ونحن نتفق مع الباحث فى أن هذا الرأى يمثل مذهبًا وسطًا بين المانعين للعقوبات المالية فى التعزير والمجوزين لها يجب التعويل عليه والأخذ به .

وعلى أى الأحوال فإن الفقه الجنائى الإسلامى عرف مصادرة المال كعقوبة تبعية فى بعض الجرائم مثل جريمة الردة والفقهاء وإن اختلفوا فى مدى المصادرة من حيث شموليتها لكل مال المرتد من عدمه ومن حيث التاريخ الزمنى لاكتساب المرتد هذا المال بعد الردة أو قبلها إلا أنه يبقى على أى حال ما يجزم بوجود هذه العقوبة فى الفكر الإسلامى ومع أن الشريعة عاقبت بالغرامة على بعض الجرائم التعزيرية إلا أن الخلاف انحصر فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة فى الجرائم التعزيرية من عدمه .

والأصل فى الشريعة أن الجرائم التعزيرية مجموعة من العقوبات تختلف فى بساطتها وشدتها حسب الوقائع محل النظر وللقاضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة والمجرم وليس هناك ما يمنع من دخول الغرامة فى مجموعة عقوبات التعزير حيث يحكم القاضى بها كلما رآها ملائمة للوقائع المعروضة عليه وإذا كان الضرب عقوبة تعزيرية تملكها السلطات بلا خلاف وهى عقوبة أشد على البعض من الغرامة والقاعدة تفيد أن من يملك الأشد يملك الأخف وبالتالى فإن عقوبة الغرامة يجب أن تصنف ضمن العقوبات التعزيرية على أن يحبس المال لفترة تقدرها السلطة المختصة لترى بعدها موجبات عودة المال إلى صاحبه من عدمه(١٤٨) طبقًا لرأى الحنفية وإيداع الغرامة خزانة الدولة طبقًا لرأى غيرهم .

المثال الثانى : العقوبة المعنوية «عقوبة التشهير» :

(أ) سلطة القاضى فى هذه العقوبة :

عرف الفكر الإسلامى سلطة القضاء وسوى بينها وبين سلطة الإمامة وقد أظهر الماوردى وهو من بحاثة الفكر السياسى الإسلامى هذه النظرية فى كتابه أدب القاضى(١٤٩) حيث

---

(١٤٧) فى أصول النظام الجنائى الإسلامى الدكتور محمد سليم العوا ص ٢٥٩ .

(١٤٨) يراجع شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٦ والمغنى ج ٧ ص ١٧٤ و ج ١٠ ص ٣٤٨ والحسبة ص ٥٩ وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١٢٥ .

(١٤٩) أدب القاضى ١٤٣ وللإمام علاء الدين الطرابلسى تفصيل جميل فى هذه المسألة انظر معين الحكام ص ١٩٥ ط مصطفى الحلبى ١٣٩٣ هـ .

سوى بين القضاء والإمامة فهو حين تحدث عن الإمامة نقل مذهب فقهاء العراق وبعض المتكلمين فقال «إن انعقاد إمامة الإمام يكون من غير عقد لأن عقد أهل العقد إنما يراد لتمييز المستحق فإذا تميز بصفته استغنى عن عقده».

وهذا يعنى أن المرشح للخلافة إذا كان قد تجمعت فيه شروطها لم يحتج إلى عقد أهل الحل والعقد لأن صفاته كافية وحدها لتأهيله لها ثم تحدث عن الفوارق بين الإمامة والقضاء فقال «وفرقوا بين القضاء والإمامة بأن القضاء نيابة خاصة يجوز صرفه عنها مع بقائه على صفته فافتقرت ـ أى ولاية القضاء ـ إلى عاقد ومولى وليس كذلك الإمامة وإن شذ بعض أهل المذهب فسوى بين الإمامة والقضاء وجعل ولاية القضاء فيمن تفرد بشروطه منعقدة من غير عاقد كالإمامة».

والحق أن الذى اعتبره الإمام الماوردى شاذًا هو الذى يتفق مع روح الشريعة الإسلامية ويتفق مع لغة العصر ومع روح العدالة ولا يمكن أن يقال إن هذا الفريق من علماء الشافعية جانبه الصواب ذلك أن القاضى كرئيس الدولة فإذا جاز أن يتولى الثانى من غير عهد من أهل الحل والعقد لاستحقاقه هذه الوظيفة حيث توافرت شروطها كاملة فيه فإن ولاية القاضى من غير عهد من أحد عند إستيفائه الشروط الخاصة بهذه الوظيفة جائزة كذلك لاتفاق طبيعة العمل فى كليهما لأن القاضى لا تخرج اختصاصاته عن التصرف فى أرواح الناس وأموالهم وأعراضهم ودمائهم وفروجهم والإمام كذلك تقريبا هذا فضلاً عن أن منصب القضاء والخلافة متساويان من حيث النظر فى حقوق الله تعالى أى الحق العام أو النظام العام فوجب أن يكونا متساويان من حيث قواعد التولية[١٥٠].

وبناء على ما مضى يمنح القاضى الإسلامى سلطة واسعة فى إتخاذ كل ما يراه مناسبًا لتحقيق العدالة كما يمنح الحكام ولذلك نجد فى كتب التراث مثل هذه العبارات التى تجمع بينهما مثل «وللحكام والقضاة أن يتعاطوا السياسة الشرعية فيما رفع إليهم من إتهام اللصوص وأهل الشر والتعدى ولهم الكشف عن أصحاب الجرائم بالقرائن ولا يقف القاضى عند مجرد الإقرار وقيام البينات كما لهم أن يهددوا الخصم إذا ظهر أنه مبطل أو ضربه أو سؤاله عن أشياء تدل على صورة الحال[١٥١].

فمناط ولاية القاضى والحاكم إنما تنحصر فى تحقيق العدل والمصلحة التى هى قطب الرحى لأحكام السياسة الشرعية والتى قد تقتضى من ولى الأمر استعمال أساليب عدة مثل

(١٥٠) يراجع ما كتبه الأستاذ ظافر القاسمى فى نظام الحكم شريعة وتاريخًا ط دار النفائس ١٣٩٨ هـ ص ٥٨.

(١٥١) يراجع تبصرة الحكام ج ٢ ص ١١١ والماوردى الأحكام السلطانية ص ٢٢٠ ولأبى يعلى ص ٢٥٨ والمحلى ج ١١ ص ١٤١ وما بعدها.

التدخل فى شئون الأفراد فى كل ظرف يغلب على الظن أنه يؤدى للمصلحة العامة كما فى الاحتكار والتسعير الجبرى وتوظيف الأموال على الأغنياء لدفع خطر طارئ على البلاد أو أشبه ذلك سواء أكان التدخل من قبل ولى الأمر فى أصل حق الملكية كما فى منع الاحتكار والتسعير الجبرى أو فى منع المباح إذا أفضى استعماله إلى ضرر عام مثل منع عمر بن الخطاب رضى الله عنه التزوج بالكتابيات فى بعض الظروف رعاية للمصلحة العامة (١٥٢) .

وتأسيسًا عليه فإن للقاضى أن يتخذ ما يراه مناسبًا من وسائل يراها محققة لعقوبة التشهير والتى هى فى الأصل عقوبة تعزيرية قديمة عرفت منذ عصر النبوة فى حادثة ابن اللتيبه التى رويت فى الصحيحين عن أبى حميد الساعدى رضى الله عنه قال : استعمل النبى صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللتيبه على الصدقة فلما قدم له قال هذا لكم وهذا أهدى إلىّ فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدى إلىّ فهلا جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا والذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منه شيئًا إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته ... إلخ .

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه «هدايا الأمراء غلول» (١٥٣) .

(ب) مشروعية عقوبة التشهير :

ومشروعية التشهير كعقوبة فى كل سلوك مجرّم يمس سمعة مرتكبه وأمانته أمر لا جناح عليه تحقيقًا للعدالة وتبصيرًا للناس حتى يتعاملوا معه على بصيرة وللقاضى الحق فى اتخاذ ما يراه مناسبًا لتحقيق هذا الغرض وله أن يلجأ إلى النشر فى أجهزة الإعلام فى زماننا هذا وقد روى صاحب المبسوط أن القاضى شريح كان إذا أخذ شاهد الزور بعث به إلى أهل سوقه إن كان سوقيًا وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا فيقولون إن شريحا رحمه الله : يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس (١٥٤) وطبقًا لسلطات القاضى آنفة الذكر فإنه لا حرج ولا جناح عليه فى أن يعاقب كل من يأتى سلوكًا مجرّمًا عقوبة تتناسب وفعله وله أن يكتفى بالتشهير عقوبة تعزيرية إستقلالية وله أن يجمع معها ما يراه مناسبًا لردع الجانى إستدلالاً بحديث عمر بن الخطاب

---

(١٥٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٤٣ وتاريخ الطبرى ج ٦ ص ١٤٧ وفتح القدير ج ٣ ص ١٣٥ وفصول فى الأمرة والأمير للاستاذ سعيد حوى ص ٧٣ ط دار السلام أولى ١٤٠٣ هـ ويراجع معين الحكام للطرابلسى فى باب ولاية القضاء ص ١١ وما بعدها ط الحلبى ١٣٩٤ هـ .

(١٥٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٤٣ .

(١٥٤) المبسوط للسرخسى ج ١٦ ص ١٤٥ ط استانبول تركيا .

رضى الله عنه حيث قال فى شاهد الزور يضرب أربعين سوطًا ويسخم وجهه ويطاف به ويرى الفقيه السرخسى من مفكرى الأحناف أن الدليل قام على إنتساخ حكم التسخيم للوجه لأن ذلك مثلة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور فبقى حكم التعزير[١٥٥] .

وكاتم الشهادة يعامل مثل شاهد الزور عقوبة لاتفاق طبيعة الآثار الناجمة عن كليهما مثل تضليل العدالة ومن روائع ما أتفق عليه فى الفقه الإسلامى أن القاضى يُعاقب بنفس العقوبة السابقة لشاهد الزور مع عزله وعدم ولايته أبدًا ورد شهادته إذا أمر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة وإن أحدث توبة وصلحت حالة بما إجترم فى حكم الله تعالى[١٥٦] .

وإذا كانت القوانين الجنائية فى العصر الحديث تقرر فى بعض الحالات نشر الأحكام الصادرة على الجناة كما فى حالات الإفلاس بالتدليس وبالتقصير وغيرهما فإنه ليس هناك ما يمنع فقهًا من اتخاذ نفس الوسيلة وقد نسب الدكتور محمد سليم العوا للعلامة ابن فرحون أنه كان يرى أن شاهد الزور يُكتب ويُسجل عليه ما فعل وتحفظ نسخ من هذه الكتابة عند من يوثق به من الناس[١٥٧] .

وعلى أى حال فالتعزير عمومًا من الزواجر الشرعية والأصل فيه نصوص كثيرة ــ سواء أكان تعزيرًا بالفعل أم تعزيرًا بالقول ــ وقد ثبت فى سنن أبى داود عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب فقال اضربوه فقال أبو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه» وفى رواية بإسناده «ثم قال لأصحابه بكتوه فأقبلوا عليه يقولون ما اتقيت الله ما خشيت الله ما استحييتَ من رسول الله صلى الله عليه وسلم»[١٥٨] .

وقد نسب إلى الفقيه الحنفى أبو يوسف قوله «ولما كان الناس لا يرتدعون عن ارتكاب المحرمات والمنهيات إلا بالحدود والعقوبات والزواجر «التعزير» شرع ذلك على طبقات مختلفة فالعقوبة تكون على فعل محرم أو ترك واجب أو سنة أو فعل مكروه ومنها ما هو مقدر ومنها ما هو غير مقدر وتختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف الجرائم وكبرها وصغرها وبحسب حالة المجرم فى نفسه وبحسب حال القائل والمقول فيه»[١٥٩] .

---

(١٥٥) المصدر السابق ص ١٤٥ .

(١٥٦) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢١٥ .

(١٥٧) أصول النظام الجنائى الإسلامى ص ٢٥٨ ويراجع تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢١٤

(١٥٨) يراجع باب التعزير مختصر سنن أبى داود للحافظ المنذرى تحقيق أحمد محمد شاكر ط دار المعرفة بيروت ج ٦ ص ٢٩٢ وما بعدها بدون تاريخ وانظر معين الحكام ص ١٩٤ .

(١٥٩) المصدر السابق ص ١٩٥ .

وهكذا فالقاضى بموجب صلاحيته فى وظيفته القضائية له أن يقرر من العقوبات التعزيرية ما يراه مناسبًا إستخلاصًا من الوقائع المعروضة أمامه مثل التشهير كما سبق والتهديد والتوبيخ والوعظ ... إلخ . وفى أخبار القضاة ورد ما يفيد أن قومًا اتهموا فرفعوا إلى شريح القاضى فجعل يتهددهم فقالوا : يا أبا أمية أتأخذ بالتهمة ؟.

قال إذا ذهب كبد الجذور فمن يسأل عنه إلا الجازر »(١٦٠) .

المبحث السادس
« الأساس الفلسفى لدستورية العقوبة البدنية »(١٦١)

ونظرًا لأن القول محل البحث ـ يعالج أساسًا العقوبات البدنية ومدى صلاحية هذه العقوبات وأثرها فى واقع المجتمع المسلم المعاصر فإن الواجب معالجة أهم الأسس الفلسفية للعقوبة البدنية إستقلالاً عما سبق الحديث عنه فى الفصل الثانى وأهم هذه الأسس هى :

١ ـ إن رجال الفقه الإسلامى لم يضعوا قيدًا على الأخذ بوسيلة العقوبة البدنية باعتبارها إحدى وسائل إقامة العدل فى المجتمع فى مجال الحدود والتعزير أو السياسة الشرعية طالما كانت هذه العقوبة منصوص عليها أو مناسبة للفعل ولم يحدث خلاف بينهم إطلاقًا فى هذا المبدأ عدا الخلاف المنحصر حول القدر من الجلدات أو عدد الجلدات التى يرى البعض أنها عشر جلدات يجب تنفيذها على الجانى ـ خارج نطاق دائرة الحدود بالطبع ـ لكن يمكن حسم هذا الخلاف بما قرره الفقهاء فى مختلف المذاهب فى أنه يجوز توقيع عقوبة

---

(١٦٠) اخبارة القضاة وكيع ح ٢ ص ٢٧٤ .

(١٦١) يراجع فى أصول النظام الجنائى الإسلامى للدكتور محمد سليم العوا ص ٢٦٥ والتشريع الجنائى الإسلامى للشهيد عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٨٩ وما بعدها والدكتور العوا أشار فى مؤلفه إلى أن رئيس القضاة فى إنجلترا Lord-parker طالب بعودة العقوبات البدنية وكذلك أعلن هذا فى حكم قضائى صادر فى ١٩٦٠/٦/١٨ أصدره أحد مشاهير القضاة فى لندن Mr-Harold-sturge حيث قال إن الذين يطلبون أن ينعدم عنصر الألم من كل عقوبة يبدو أنهم محدودو الفهم وأشار إلى عدة مراجع باللغة الإنجليزية فى هذا الشأن منها على سبيل المثال

Melawathe theory of Punishment p.p 73-76
D-Miliev - The - Uses and Abuses of corporal
Punishment mentol Heath Vo 126 London 1967

والمعروف أن د / العوا بحاثة معاصر نال إجارة الدكتوراة فى نظرية العقاب بعنوان
The Theory of Purishment In Islamic Low

الإعدام تعزيرًا على المفسدين فى الأرض وبين العشر جلدات التى نادى بها بعض الفقهاء كحد أقصى لعقوبة الجلد وبين الإعدام ميدان واسع رحب مفتوح للمشرع يرى فيه عند التقنين الفقهى ما يناسب ويلائم كل جريمة من عقوبة[١٦٢] .

والماوردى الشافعى يقول فى هذا الصدد «إن للأمير أن يعجل حبس المتهوم للكشف والاستبراء وأن يضرب المتهوم ضرب التعزير لا ضرب الحد ليأخذ بالصدق عن حالة فيما قرف به واتهم» ويرى ابن فرحون أن المتهم يضرب بالسياط أو يسجن إذا ما أخذ من أموال الناس وادعى أنه لا شيء معه بل إن للقاضى فضلاً عن ذلك أن يحبس السارق قدر ما يكشف عن البينة ويحبس المتهم بالخيانة بقدر ما يكشف عن الحقيقة وصاحب المبسوط الحنفى يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب وغرّب وكذلك فعل أبو بكر وعمر رضى الله عنهما كما أنه يرى أن طبيعة العقوبة البدنية مناطها هنا دفع الفتنة والفساد[١٦٣] .

٢ ـ إن قيد الملائمة على العقوبة البدنية ـ فى هذا المجال ـ لابد وأن يمرّ عبر قناة المصلحة العامة للأمة وكذلك كل ما يطرح من عقوبات تقترح فى محاضن الفكر التشريعى لوقائع تستحدث يرى أهل الاختصاص أن علاجها عقابًا بدنيًا ومن المعروف أن المصلحة العامة مناط كل عقوبة فى الفقه الإسلامى والفقيه السرخسى يبلور هذه الفكرة بقوله :

«إن عليا وابن مسعود رضى الله عنهما إختلفا فى أم ولد زنت بعد موت مولاها قال على رضى الله عنه تجلد ولا تنفى وقال ابن مسعود رضى الله عنه تنفى وأخذنا بقول على رضى الله عنه لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد» .

ثم يزيد الفكرة إشراقًا بقوله : «أرأيت شابة زنت أكنت أنفيها وفى نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به فإنها عند أبويها تكون محفوظة فنى دار الغربة تكون خليعة العذار وإنما تبق

---

(١٦٢) انظر على سبيل المثال :

١ ـ الفروق للقرافى المالكى ج ٤ ص ١٧٧ الفرق السادس والأربعون والمائتان بين قاعدة الحدود وقاعدة التعازير .

٢ ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام لعلاء الدين الطرابلسى خاصة ما فعله من أن الأصلح تعزيرًا أحيانًا أن يضم ولى الأمر الحبس مع الضرب حيث ورد الشرع به فى الجملة ولذا جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم إليه ص ١٩٦ ط الحلبى ١٣٩٣ هـ .

٣ ـ تبصرة الحكام لابن فرحون حيث أشار إلى أن رأى الإمام رضى الله عنه جواز الجلد فوق الحد إستنادًا إلى أن عمر رضى الله تعالى عنه جلد معن بن زياد ثلاثمائة جلدة على ثلاثة أيام فى جريمة تزوير .

٤ ـ الطرق الحكمية ص ١٠٦ وما بعدها ط دار الكتب العلمية ببيروت .

٥ ـ شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٥ وما بعدها ط الحلبى ١٣٨٩ هـ .

٦ ـ المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩ ط عيسى الحلبى بدون تاريخ والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٣٢٦ وما بعدها وحاشية الروض المربع للنجدى الحنبلى ج ٧ ص ٣٤٧ وما بعدها ط ثانية ١٤٠٣ هـ وغير ذلك كثير .

(١٦٣) المبسوط ج ٩ ص ٤٤ .

المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضًا لها للإقدام على هذه الفاحشة برفع المانع »[١٦٤] .

والنكتة التشريعية هنا أن النفى وهو عقوبة نفسية بدنية تعزيرية تنفذ منفردة أو مع غيرها من العقوبات الحدية أحيانًا بينما تمتنع على التنفيذ فى أحيان أخرى ولا مناط للتنفيذ من عدمه إلا مناط المصلحة وهى إن نفذت مع العقوبة الحدية تنفذ بصفة المصلحة لا بصفة الحد ومع أن النفى أو التغريب بعد إستيفاء العقوبة الحدية فيه إعتداء على الحرية الشخصية للأفراد بل وزيادة على العقوبة المقدرة ولكن عنصر المصلحة أمر جوهرى يعول عليه أساسًا فى العقوبة تشريعًا وتنفيذًا[١٦٥] ولا يخفى أن الحريات والحقوق العامة تعنى إحترام شخصية الإنسان المسلم وعدم حرمانه من حقوقه البشرية الطبيعية باعتبار أنه مساو لغيره من الناس ومن ثم فله باعتباره إنسانًا الحق فى الحياة والتعليم والحرية والعمل والمساواة والسلامة البدنية والحماية من أى اضطهاد لكن هذه الحقوق يقابلها واجبات تتعلق باحترام ذات الحقوق بالنسبة للغير ومن ثم فالعقوبة هنا دستورية شرعيتها لبقاء واستمرار وثبات هذه المعادلة وجوهرها إقامة العدل الذى هو فريضة الله فى الأرض . فهى إذن دفاع شرعى خالص غايته مصالح الناس .

٣ ـ إن العقوبة البدنية أولاً إلى جانب العقوبات الأخرى شموع فى يد الدولة المسلمة المعاصرة للمحافظة على المصلحة العامة وقتل جرائمها فى أحضانها قبل أن تدب فيها أوصال الحياة ثم ملاحقة ماكتب له الوجود منها وإنهاكه وحتى الفناء ـ ولئن درج الفقهاء المعاصرون من أهل الفكر على حصر الجرائم المضرة بالمصلحة العامة فى دائرة ضيقة مثل جريمة الرشوة بكل أبعادها ـ سواء أكانت رشوة فى مجال المشروعات الخاصة ذات النفع العام أو إستغلالاً للنفوذ مقابل إستجابة لمال أو رجاء أو اختلاس المال العام والعدوان عليه أو التزوير وما يتعلق به .. إلخ . إلا أن الأمر يجب أن يعالج من منظور جرائم الإفساد فى الأرض بكل أبعاد هذا المفهوم ليشمل بحزم كل صور الانتهاكات وأشكال العدوان التى تتعرض لها مصالح خلق الله فى الأرض لاسيما وأن الشريعة الإسلامية اشترطت فى السلطان العدل والحزم والفضيلة حتى توجد له المحبة والهيبة والاحتفاظ بالأمرة ـ وليست الفضيلة فى الفقه الإسلامى هى الفضيلة عند مكيافللى وهى التى يستطيع بها الأمير أن يحتفظ بأمرته ودولته بصرف النظر عن أى شىء آخر بل هى الفضيلة المشروعة التى تتفق وإطار الشرعية الإسلامية من منظور أن الإسلام أول معلم وأرشد أستاذ وأهدى قائد للأنفس يقيمها على

---

(١٦٤) المصدر السابق ص ٤٥ .　　(١٦٥) المبسوط ج ٩ ص ٤٥ .

جادة العدل وينبه فيها حاسة الشفقة والرحمة .

وملكية السلطة فى الدولة الإسلامية والتى هى نتاج عقد الإمامة طرفاه الأمة والإمام ترتب إلتزامات على كليهما كما ترتب شرطًا جزائيًا على الطرف الذى يخل بالتزامه قد يصل إلى إعفاء الإمام من منصبه وإنهاء عقده بالحسنى أو بالغلبة(١٦٦) أقول إن ملكية السلطة هنا مقيدة بنصوص الشريعة ومن ثم فإن ممارسة السلطة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت هذه الممارسة تقع ضمن واجبات الإمام بإتفاق . وتطبيقًا لذلك فإنه يجب التنبيه إلى أمرين وهما :

الأول : سلطة التجريم لسلوك الفرد المسلم لا تخرج عن إطار الربط بين المصالح الأساسية .. للعامة والخاصة على أن تغلب الأولى عند تعارضها مع الثانية مع مراعاة مبدأ أن هذه المصالح متغيرة بتغير الزمان والمكان ولذا قيل فى القواعد الأصولية إن الحكم الشرعى المبنى على علة يدور مع علته وجودًا وعدمًا ـ وقال المولى العلائى إن الحكم الشرعى المبنى على علة فبانتهائها.ينتهى(١٦٧) كما أنه لا يجدى إستقراء أنواع السلوك المراد تجريمه وتدوينه فى نصوص محددة إلا إذا نص على عدم ديمومة واستمرارية الوثائق المدون بها المعاصى المجرّمه حيث إن الأجدى تشريعًا وقضاءً هو إعادة النظر بين الحين والآخر للتعديل والتغيير حسب الوقائع والزمان والمكان(١٦٨). لأنه لما كانت المصالح هى علل الأحكام كان من اللازم إذا زالت العلل أو تغيرت وجب زوال أو تغير ما بنى عليها من الأحكام .

الثانى : إن واجب السلطة العامة وهى بصدد إخضاع المحكومين لحكم القانون ، أن تراعى حال الرعية فى تشريعاتها ، ذلك أن لكل صنف من الرعية صنف من السياسة ولذلك يقول ابن طباطبا فى هذا الشأن مايلى : «فلا ينبغى أن يهدد من يكفى فى تأديبه الإعراض والتقطيب وكذلك لا ينبغى أن يحبس من يكفى فى تأديبه التهديد كما أنه

---

(١٦٦) انظر ما كتبه رجال الفكر السياسى الإسلامى فى هذا الشأن مثل الأحكام السلطانية للماوردى وأبو يعلى وبدائع السلك لابن الأزرق والتبر المسبوك فى نصيحة الملوك للغزالى والإمامة والسياسة لابن قتيبة الدنيورى تحقيق د . ط الزينى ج ١ ، ٢ .

(١٦٧) يراجع المنافع شرح الجامع ص ٣١٩ والموافقات للإمام الشاطبى ولبيان بعض الأمثلة لهذه القاعدة الأصولية انظر كتاب نشر الصرف فى بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين ط . معارف سوريا ١٣٠١ هـ ص ١٧ وما بعدها .

(١٦٨) يرى د / عبد العزيز عامر فى رسالة عن التعزير تدوين هذه المعاصى فى نصوص محددة بينما يرى د . سليم العوا عدم جدوى مثل هذا الأمر.

لا يضرب من يكفى فى تأديبه الحبس ولا أن يقتل من يكفى فى تأديبه الضرب »(١٦٩) .

ويروى الإمام الغزالى واقعة عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه مضمونها ــ أن عمر رضى الله عنه سأل محمد بن كعب القرظى فقال : صف لى العدل فقال : كل مسلم أكبر منك سنًا فكن له ولدا ومن كان أصغر منك سنا فكن له أبا ومن كان مثلك فكن له أخا وعاقب كل مجرم على قدر جُرمه وإياك أن تضرب مسلما سوطا واحدًا على حقد منك فإن ذلك يصيرك إلى النار فعلى قدر الفعل الذى ارتكبه المسلم يؤاخذ ، والمؤاخذة تكون بأكثر الوسائل فاعلية فى تحقيق الهدف وأخفها فى إيلام المسلم(١٧٠) .

٤ ــ إن طبيعة العصر وإفرازاته فيما يتعلق بملكية المال جعلت هناك هوسًا فى أكثر النفوس غايته تملك المال بغض النظر عن أى إعتبار آخر وهذا ما لا يتفق والشرع ولسنا الآن بصدد معالجة أسباب هذا الهوس والتسابق المحموم إلى هذه الغاية ، مع تسليمنا الكامل بأن سلطان المال على النفوس له تأثيره المخيف إلا أن ذلك لا يمكن اعتباره دعوى لكسر قواعد الشرع الإسلامى وإلا كانت دعوى عارية عن الدليل باطلة الحجة وقد شرع الله سبحانه وتعالى للجميع تملك المال بالوسائل المشروعة كما أمر بصرفه وإنفاقه على قدر مشروع ومن جميل ما قرر فى الفقه الإسلامى أن ملكية المال يستوى فيها الحر والعبد ، بغض النظر عما قاله البعض والجاحظ يقول فى ذلك «وليس من أصل الأدب ولا فى ترتيب الحكم ولا فى عادات القادة ولا فى تدبير السادة أن يستوى فى نفيس المأكول وغريب المشروب وثمين الملبوس وخطير المركوب التابع والمتبوع والسيد والمسود ذلك أن ملكية المال ليست على قدم المساواة بين الأحرار والعبيد فى دنيا الناس ،إلا أنه يبقى القول بأن الرقيق وإن ملك على النصف من الحر إلا أنه ملك أيضًا(١٧١) وبمثل هذا القول قال الإمام أبى عبيد القاسم بن سلام صاحب كتاب الأموال فى معرض تعليقه على قول النبى صلى الله عليه وسلم : «من أعتق عبدًا وله مال فماله له إلا أن يشترط السيد ماله فيكون له »(١٧٢) وبعض عبارته نصها «ألا ترى أن سنة ملك العبد مفارقة لملك الأحرار وذلك أن الحر مسلط على ماله بالاستهلاك والإتلاف من العتاق والهبة والصدقة ــ إلى أن يقول وإن كان سنة ملك الأرقاء أنقص من سنة ملك الأحرار إلا أنه لا يخرجه ذلك من أن يكون

---

(١٦٩) الفخرى فى الآداب السلطانية لابن طباطبا ص ٢٩ .

(١٧٠) انظر المصدر السابق ويراجع مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى د/ فؤاد الفادى ط ثانية ١٤٠٠ هـ ص ٢١٠ .

(١٧١) البخلاء للجاحظ تحقيق فوزى عطوى ط دار صعب بيروت ١٩٦٩ م ص ١٩ .

(١٧٢) الحديث رواه أبو داود فى حديث الليث بن سعد وأخرجه النسائى وابن ماجه .

مالكًا ولكنه ملك مصلحة وتوفير»[١٧٣] ؟.

لكن حيل لصوص النهار وحيل سراق الليل فى هذا الزمان أفسدت كل صلاح فى المجتمع الإسلامى .. وجعلته وكأنه من لطائف مكرهم وغرائب حيلهم عورة يفر منها الناس وقذى لا ترتاح إليه العيون .

وليس ذلك من الإسلام فى عيب ـ ومن قال به فهو ظالم لنفسه ولدينه ومثله كمثل الذى سمى الشح اقتصادًا والبخل إصلاحًا .

وعلى أى حال ـ فهذه رؤية عصرية لعورات المجتمع الإسلامى فى هذا الزمان مناطها أن الحرص على تملك المال بكل الوسائل أضحى محور إرتكاز أساسى لارتفاع الخط البيانى لمؤشر الإجرام ـ وأن العقوبة البدنية دواء ينجح فى شفائه من العلل والأمراض والقول بغير هذا فيه عمى عن حقيقة النقائص لهذه الأمة .

ومع أن الإسلام رسم منهجًا اقتصاديًا متوازنًا لتذويب الفوارق بين الطبقات وحفظ لكل عمل ثمرته وعالج الفقر فى المجتمع بأساليب عدة لكن تنكب الناس عن هذا الشرع ـ خلّف عللاً يستحيل علاجها دون العودة إليه ـ من آثارها الفساد فى الأرض ومن أمثلته السرقة والغش وخراب الذمم والكسل والسلبية واليد التى تأخذ دون أن تعطى والأصوات التى ترفع عقيرتها مطالبة بمطالب لها فيها حق أو مصلحة دون أن تؤدى واجبًا والنهم والجشع وتعجل الربح وضياع القيم وسقوط القدوة والعيش فى متاهات اللاإنتماء إلى شىء إلخ ـ كل هذا ضرورات تعجل بالأخذ بأسباب الإصلاح من منظور الفقه الإسلامى على أن يراعى عند تقنين العقوبة «أن تكون البدنية» قاسم مشترك أعظم حتى تتحقق وسيلة الردع الكافية وينصلح حال الناس .

٥ ـ إن بعض المفكرين من فقهاء المسلمين قد تنبهوا ـ وبحق ـ إلى جعل العقوبة البدنية محور إرتكاز لكل عقوبات التعزير أيًا كان الفعل المؤثم أو المجرّم من قبل السلطات المختصة فى الدولة الإسلامية بحسبان ذلك أداة لقطع الفساد دون إسقاط لحقوق وحريات المواطنين فى الدعاوى الجنائية[١٧٤] وما أحوجنا اليوم إلى ذلك غلقًا لمنافذ الفساد العصرى ومن عجب أنى سمعت من البعض أن إحدى وسائل تملك المال العام بالطريق غير المشروع

---

(١٧٣) الأموال تحقيق الأستاذ محمد خليل هراس دار الفكر القاهرة ١٤٠١ هـ وفى المسألة تفصيل واف تعرض له صاحب الأموال لا سيما فيما أفتى به ابن عمر رضى الله عنهما فى وجوب الزكاة على العبد المسلم يراجع ص ٤١٢ وما بعدها .

(١٧٤) يراجع حاشية الإمامين المحققين شهاب الدين القليوبى وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى ج ٤ ص ٢٠٢ وما بعدها وعيسى الحلبى مصر بدون تاريخ .

هو التلصص على الحياة الخاصة لبعض المسئولين وهذا يعنى أن العمل غير المشروع يمهد له بعمل غير مشروع به تغل يد المسئولين معنويًا حتى يتاح لكل الأطراف سرقة المال العام ، فقلت جوابًا على ما سمعت إن من أهم واجبات الدولة أن تتعقب المجرمين ولها أن تتخذ الأسباب الملائمة لدرء شرهم وأذاهم تلبية لتحقيق العدل ورعاية دائمة للناس مسلمين وغير مسلمين[١٧٥] .

بل إن من أعدل العدل أن تلاحق السلطات مسترق السمع الواقف على باب أو نافذة أو يسير الهوينا ليلتقط خبرًا أو يسمع كلمة خارجة من فم آمن فى مسكنه يتلصص على الكلمات ليقبض عليها ويشيعها قبحًا وأذى فى الناس ـ والعقوبة البدنية هنا أيًا كان قدرها رادع وزاجر بلا ريب لأن إسترقاق السمع والنظر إلى العورات أمران فى النهاية محصلتهما بالنسبة للناس واحدة ... ألا إنها الضرر المؤكد للطرف المجنى عليه ومن ثم يتساويان فى العقوبة ـ وإن كان الإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٧٧٣ ـ ٨٥٢ هـ) نقل ما يفيد أن النظر إلى عورات الناس أشد من الاستماع إليها ومن ثم لا يجوز قياس الثانية على الأولى لأن شرط القياس المساواة أو أولوية المقيس والأمر هنا على عكس ذلك[١٧٦] وهذا النظر فى حد ذاته لا يحول أيضًا بين السلطان وبين فرض العقوبة البدنية الملائمة لمن ينتهك حياة وأسرار الناس الخاصة وبين حقوق وحريات الناس من جهة وحماية الحياة

---

(١٧٥) أخرج أبو داود عن أبى برزه الأسلمى قال ـ خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : «يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان إلى قلبه لا تغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم فإنه من إتبع عوراتهم تتبع الله عورته ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو فى جوف بيته» فالوصول إلى أسرار الناس أمر مجرّم فى الإسلام تأسيسًا على قوله تعالى فى سورة الحجرات : «ولا تجسسوا» وقد تناول بعض المفسرين شرح هذه الآية ليفيد النهى المطلق والصريح عن التجسس نظرًا أم استنصاتًا على عورات المسلمين وغيرهم بل إن بعضهم إعتبر ذلك كبيرة من الكبائر والقرطبى عندما عالج بعض آيات سورة النور التى يتناول ما يمكن أن يسمى بحرمة المسكن آيات ٢٧ ـ ٢٩ قال ما نصه «لما خص الله سبحانه وتعالى ابن آدم الذى كرمه وفضله بالمنازل وسترهم فيها عن الأبصار وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد وحجر على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير إذن أربابها أو بهمّ بما يرجع إلى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة» ولقد روى أنس رضى الله عنه «أن رجلاً إطلع فى بعض حجر النبى صلى الله عليه وسلم فقام إليه بمشقص أو مشاقص وجعل يختله ليطعنه» والختل الإصابة على غفلة دون إنذار وختلة أى خدعه والتخاتل التخادع ـ وهذا يعنى أن الإصابة هنا هدر والنصوص كثيرة فى هذا الشأن ـ انظر مرتبا تفسير الألوسى ٢٦ ، ١٥٧ وسنن أبى داود ج ٢ ص ٥٦٨ والجامع لأحكام القرآن ج ١٢ ص ٢١٢ ط . بيروت مصورة عن الأميرية المصرية وصحيح البخارى بفتح البارى ج ١٢ ص ٢٥٣ ط دار الريان القاهرة ط أولى ١٤٠٧ هـ ومختار الصحاح ص ١٦٩ .

(١٧٦) يراجع كتاب الديات فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٢ ص ٢٥٦ ط الريان وانظر ما كتبه الإمام زين الدين بن نجيم الحنفى فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٤٦ من أمثلة فى باب التعزير ط دار المعرفة بيروت لبنان ثانية بدون تاريخ وانظر أيضًا الفروق للقرافى ـ الفرق السادس والأربعون والمائتان ج ٤ ص ١٧٧ ط عالم الكتب بيروت بدون تاريخ .

الخاصة لهم من جهة أخرى تقع دائرة العمل فى هذا المجال ـ ذلك أن الحق إذا كان ممنوحًا لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيدًا بما يحقق تلك المصلحة حتى يكون قصده فى استعمال حقه موافقًا لقصد الله فى التشريع وإلا كان مناقضًا للشرع ومناقضة الشرع باطلة[(١٧٧)] .

ثم إن الدولة كالفرد كلاهما يتلقى الحق من الله تعالى فالفرد عبد الله لا عبد الدولة فالله سبحانه وتعالى الذى منح الفرد حقه هو الذى منح الدولة حق الطاعة على الرعية فى حدود رعايتها لأحكام الله ومن ثم فمصدرية الحقين واحدة كما أن قوتهما واحدة وعلى هذا فالدولة عند تجريمها لسلوك معين وفرض عقوبة له وإن كان داخلاً فى حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى لوضعه قيدًا على بعض التصرفات إلا أن جوهر طبيعته يعنى أداء الدولة لبعض وظائفها وهى رعاية حق الفرد فى حدود المصلحة العامة مع تمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من الفرد والمجتمع وهو عمل يرجع إلى مقتضيات الضرورة وكفالة الصالح العام وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد حيث أن حرية الشخص وعصمته وملكيته للمال مقيدة بما يمنع الضرر عن الغير من واقع مسئوليته الدينية والدنيوية التى تحتم عليه تجنب الإثم والفساد والإضرار الإيجابى والسلبى .

٦ ـ إن العقوبات البدنية فى مثل هذه الحالات قريبة الشبه بالكليات الشرعية حيث التأمل يوضح أنها حاملة على التوسط ـ بمعنى أن التشديد فى العقوبة بمظاهرها تخويفًا وترهيبًا وزجرًا يقابل شرائح من المجتمع غلب عليها الانحلال والمروق من الشرع وقواعده والعكس صحيح ويتأتى ذلك عن طريق الإستقراء لخريطة المجتمع المسلم المعاصر وقراءة متأنية لأحواله ودراسة واعية لعلله وأمراضه[(١٧٨)] وبمثل هذا يكون التوسط لائحًا ومسلك الاعتدال واضحًا وهو أصل يجب الرجوع إليه ومعقل يجب اللجوء إليه وبدون هذا يمكن أن يكون هناك تميز طبقى فى الجريمة والعقاب ويلعب مركز الجانى دورًا هامًا فى هذا الشأن[(١٧٩)] .

---

(١٧٧) انظر الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده د . فتحى الدرينى رسالة مقدمة لكلية الشريعة بالأزهر ص ٧٢ ويراجع ماكتبه الشاطبى فى هذا المعنى فى الموافقات ج ٢ ص ٣٣١ دار الفكر العربى بيروت بدون تاريخ .

(١٧٨) فى مثل هذا المعنى كتب الشاطبى تحت عنوان التكاليف جارية على الحد الأوسط فإن مالت بالمكلف عنه فلتحمله عليه الموافقات ج ٢ ص ١٦٧ .

(١٧٩) فى المجتمعات القديمة كانت نظمها التشريعية تعاقب من يقتل عبد الغير لا من يعتدى على عبده الخاص لأن العبد شىء مملوك لصاحبه يتصرف فيه كيفما يشاء يبيعه أو يزنى فيه أو يقتله لكن يحمى هذا المال من اعتداء الغير عليه يراجع ما كتب فى تاريخ القانون لدى الإغريق والرومان والهند البراهمانية ... إلخ .

هذا فضلاً عن أن هذه الوسطية بالمفهوم السابق « هى المصلحة بذاتها لأنها تلتقى ومقصود الشرع » والغزالى فى المستصفى عرف المصلحة بأنها المحافظة على مقصود الشرع ، فبعد أن قسم مصالح الشرع إلى ضرورات وحاجيات وتحسينات أخذ يشرح مفهوم المصلحة فقال إنها « عبارة فى الأصل عن طلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعنى بها ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح ومثاله قضاء الشرع بقتل المبتدع الداعى إلى بدعة لأن هذا يفوّت على الخلق دينهم وقضاؤه بإيجاب القصاص إذ به حفظ النفوس وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التى هى ملاك التكليف وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ النسل والأنساب وإيجاب زجر الغصّاب والسراق إذ به يحصل حفظ الأموال التى هى معاش الخلق وهم مضطرون إليها »(١٨٠) .

فالمصلحة إذن أساس الشرع الإسلامى ـ وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الوضعى العقابى لم يعرف ذلك إلا فى أواخر القرن الماضى كما سبق قوله وقد حمل لواء هذه الفكرة فيه فقيه ألمانى يدعى Von-Liszt حيث إستقرأ تاريخ العقوبة قائلاً إن العقوبة البدائية كانت حركة ـ إنفعالية تدعو الفرد إلى تأكيد ذاته كلما جدت أسباب حيث يدافع عن كيانه الشخصى ويحافظ من ثم على الجنس البشرى ولما تطور وضع العقاب وتركز فيما للدولة من سلطان كانت النظرة الموضوعية غير الذاتية الهادئة غير الانفعالية ، فالقانون يوجد من أجل البشر ويهدف إلى حماية مصالحهم والمصالح التى يحميها القانون يسميها فون ليست « أموالاً قانونية Rech tsqut » وهكذا يتطور الفقه العقابى الوضعى ليقرر أن الجريمة إذا لم تعد خرقًا لقاعدة قانونية بل غدت إضرارًا بمصلحة معينة ولم تعد العقوبة جزاء لفاعل بل أصبحت حماية لقيمه(١٨١) .

---

(١٨٠) المستصفى من علم الأصول ط التجارية مصرسنة ١٩٣٧ ص ٣٦ ـ ٤٠ أو يراجع أيضًا أعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١٤ وما بعدها والموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٦ وما بعدها .

(١٨١) انظر بحث فلسفة التاريخ العقابى د . ثروت أنيس الأسيوطى مجلة مصر المعاصرة العدد ٦٠ ص ٢٠٩ وما بعدها ويمكن أن يقارن أركان الجريمة فى الفقه العقابى الوضعى بما كتبه علماء الأصول من وجوب توافر العلة والحكمة معا فى تجريم السلوك فالسرقة مثلاً علة تجريمها واقعة الاختلاس وحكمة تجريمها حفظ المال انظر المستصفى ج ١ ص ١٤٠ وما كتبه شيخنا ا . د يوسف قاسم فى أصول الأحكام الشرعية فى مبحث القياس عن العلة والحكمة ص ١٥٨ ورسالة القياس للإمام ابن تيمية فى مجموعة الرسائل الكبرى ط . العامرة .

٧ ـ العقوبة البدنية علاج أمثل للدفاع الشرعى العام للأمة فليس ثمة شك فى أن جميع النظم التشريعية قديمًا وحديثًا أقرت الدفاع الشرعى وإن اختلفت فيما بينها فى بيان حالاته ورسم حدوده حيث أقرته القوانين القديمة للهند واليونان والرومان ضد الاعتداء الذى يتهدد (Menacant) الحياة أو الشرف كما عرفته ضد اللصوص الليليين. Les-voleurs nocturues أو لصوص النهار الذين يستخدمون القوة فالدفاع الشرعى واقعه أنه أمر تمليه الغريزة الإنسانية غريزة حب البقاء فى الدفاع عن النفس وغريزة التملك التى تدفع الإنسان إلى رد الاعتداء عن ملكه فالدفاع عن أى موضوع يصيبه الاعتداء أمر طبيعى فى الإنسان سواء أصاب هذا الاعتداء نفسه أو ماله أو نفس أو مال أحد من ذويه(١٨٢) والفقه الإسلامى يعبر عن الدفاع الشرعى بدفع الصائل(١٨٣) وهذا يعنى رد اعتداء المعتدى بينما أكثر القوانين الوضعية تعبر عن ذلك. بمصطلح «الدفاع الشرعى» وتعنى بذلك رد الاعتداء فالقانون المصرى حدد ذلك فى المواد ٢٤٥ ـ ٢٥١ وكذلك القانون العراقى المواد ٤٣ ـ ٤٥ والقانون الليبى المواد ٧٠ ، ٧٠ مكرر ، ٧٠ مكرر ب وكثير غير ذلك والتونسى عبر عن الدفاع الشرعى «بدفع الصائل» م ٣٩.

وقد سبق ما يفيد أن الدفاع الشرعى ينقسم إلى دفاع شرعى خاص ودفاع شرعى عام ودفاع شرعى دولى فكل ما هو فى طبيعته يحمل صفات الفردية فى الشكل والموضوع والنتائج يكون دفاعًا شرعيًا خاصًا كدفاع الشخص عن ماله وعرضه ونفسه وكل ما هو فى طبيعته يحمل صفة الجماعية المحلية الاقليمية على نطاق الأمة الإسلامية يكون دفاعًا شرعيًا عامًا وكل ما يتخطى دائرة الإقليمية الجغرافية للدولة الإسلامية يكون دفاعًا شرعيًا دوليًا ، والذى يعنينا هنا هو الدفاع الشرعى العام لأنه مناط رسم سياسة جنائية شرعية ينصلح بها حال العباد من رعايا الدولة مع عدم إسقاط أهمية النوعين الأخيرين وعدم إهمال الوشائج التى تربط بين هذه الأنواع الثلاثة لكن حسبنا هنا أن النوع الثانى يمكن أن يرسم بمقتضاه ولى الأمر سياسة تنهض بالعمران البشرى بدءًا بإحياء الأرض بالزراعة واستخراج موادها الخام وتحريك تربتها واستنباط كل ما هو جديد فى هذا الشأن وانتهاءً بتحريك الحياة التجارية فى الأمة ليكثر المال ويفيض حيث تغطى حاجات الإنسان الأساسية من مطعم

---

(١٨٢) انظر الدفاع الشرعى فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراه ـ مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٧٦ ط أولى سنة ١٩٨٣ عالم الكتب ونظرية الدفاع الشرعى د. يوسف قاسم ص ١٦ رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الشريعة بالأزهر.

(١٨٣) الصيال لغة الاعتداء بالسطو على الغير بقصد القهر والغلبة والإيذاء والصائل هو المعتدى بالسطو لسان العرب ج ٣ ص ٤١٤.

ومسكن وملبس وزوجة يقول الإمام ابن حزم فى هذا الأمر :

«على السلطان أن يأخذ الناس بالعمارة وكثرة الغراس ويقطعهم الإقطاعات فى الأرض الموات ويجعل لكل أحد ملك ما عمره ويعينه على ذلك فيه لترخص الأسعار ويعيش الناس والحيوان ويعظم الأجر ويكثر الأغنياء وما تجب فيه الزكاة»[١٨٤] وعلى الجملة ينهض بكل ما يؤدى إلى صلاح الدنيا والدين ، وله ـ أى للسلطان ـ أن يضع من العقوبات البدنية لكل خارج عن هذا الأمر ما يردعه ويزجر غيره وإنما قلنا العقوبات البدنية لأنها أقرب إلى الصلاح هنا ولا يعنى هذا الاقتصار عليها بل إن عليه أن ينوع من العقوبات وما يتناسب مع كل سلوك مؤثم يخرج عن إطار الإصلاح . والدفاع الشرعى العام مصطلح سبق التعرض لمعناه وطبيعته جلب كل ما هو خير وحسن ابتداء من القول الحق وانتهاء بالحفاظ على المال العام وإصلاح كل مرافق الأمة كما أن هذا المفهوم عند تطبيقه يدفع كل قول أو فعل أو قصد نهى عنه الشرع إبتداء من اللفظ النابى وانتهاء بالإفساد فى الأرض عن طريق الغش وصوره التى لا حصر لها فى هذا الزمان وكل ما يدور فى هذا الفلك .

وأهل الفكر من رجال الإسلام إعتبروا هذا النوع من الدفاع وبحق أصلاً من أصول الدين وأساسًا من أساسياته وركيزة كبرى من ركائزه لدرجة أن صاحب الأحياء أفرد ضمن مؤلفه كتابًا خاصًا له ـ فقال تحت عنوان وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر مايلى : «ويدل على ذلك بعد إجماع الأمة عليه وإشارات العقول السليمة إليه الآيات والأخبار والآثار وضمن ما أورده فى بند الأخبار ما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال فى خطبة خطبها «يأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم»[١٨٥] .

وإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده» ويقول أيضًا فى موضع آخر «الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو القطب الأعظم فى الدين وهو المهم الذى إبتعث الله له النبيين أجمعين ولو طوى بساطه وأهمل علمه وعمله لتعطلت النبوة

---

(١٨٤) فصول فى الأمرة والأمير سعيد حوى ط . أولى ١٤٠٣ دار السلام ص ١٥٢ وانظر فى هذا المعنى مقدمة الإمامة والسياسة لابن قتيبة الدنيورى تحقيق د / طه الزينى ج ١ ط الحلبى كما يراجع ما كتبه المرحوم ضياء الريس عن نحو الدولة الإسلامية والنظام الحالى فى كتابه الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية ص ٩٢ والفكر الإسلامى يعطى للسلطان تقرير الضرائب من غير حيف بمالك ولا إجحاف بزارع كما أن من واجباته اتخاذ كافة الوسائل المشروعة لتنمية المال العام والخاص فى الدولة انظر ما كتبه صاحب الأموال ص ٥٧ وما بعدها دار الفكر ١٤٠١ هـ مصر والخراج لأبى يوسف ص ١٨٩ دار الاعتصام .

(١٨٥) المائدة آية ١٠٥ .

واضمحلت الديانة وعمت الفطرة وفشت الضلالة وشاعت الجهالة واستشرى الفساد واتسع الخرق وخربت البلاد وهلك العباد »(١٨٦) .

ومن التطبيقات العصرية لهذا النوع من الدفاع ما أنشأته السعودية تحت مسمى .

« هيئة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » يناط بها كثير من الأمور ولها صلاحيات واسعة من وسائلها الضرب بقوة على كل خارج على منهج الله سبحانه وقد أثمرت هذه الهيئة ثمارًا طيبة وآتت أكلها(١٨٧) .

ووسائل دفع المنكر كثيرة ومتعددة تبدأ بالتعريف والنهى بالنصح وتنتهى بأشد العقوبات البدنية وقد ذكر الإمام الغزالى ضمن وسائل دفع المنكر المنع بالقهر بطريق المباشرة ككسر الملاهى وإراقة الخمر والتخويف والتهديد بالضرب بل ومباشرته حتى الامتناع عن السلوك المؤثم(١٨٨) .

وإذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح فللدافع أن يفعل ذلك بل إن فاعل المنكر إذا كان لا يمتنع عن منكره إلا بقتال قد يؤدى إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذى يراد منعه أقل درجة من القتل فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منعه عن القطع وقتاله عليه لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه أساسًا بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية وقتله فى دفع المنكر ليس معصية بينما قطع طرف نفسه معصيته وهكذا فالعقوبة البدنية أحد محاور يمكن أن يرتكز عليها الدفاع الشرعى العام لإصلاح ما فسد من حياة المسلمين وليس فى ذلك قهر للناس أو إذلالهم وإنما هو الإصلاح بعينه فقد يقطع الطبيب أحد الأطراف حتى يحيا البدن الباقى معافى من العلل والأمراض ـ وآية ذلك أن التجاوز فى دفع المنكر يرتب مسئولية متكاملة على فاعله فإذا كان المنكر إحراز خمر فإن الوسيلة المناسبة هى إراقته فإذا أحدث من قام بالدفاع إتلافًا فى موائد منصوبة أو فى أمتعة أو غير ذلك فإن عليه تبعة هذا الإتلاف ـ كما أنه لا محل للنهى عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته لأن أى فعل بقصد دفع المنكر قبل حدوثه أو بعده لا يسمى دفاعًا شرعيًا وإنما إعتداء على حق

---

(١٨٦) الأحياء للإمام الغزالى ج ٢ ص ٣٠٦ وما بعدها المكتبة التجارية وانظر فى أحكام الحسبة للماوردى فى الأحكام السلطانية ص ٢٤٠ وما بعدها والتشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم ـ عبد القادر عودة ج ١ ص ٤٨٩ وما بعدها .

(١٨٧) يراجع ما يتعلق بتكوين هذه الهيئة لدى المملكة العربية السعودية لدى وزارة الداخلية السعودية وبعض الهيئات الأخرى .

(١٨٨) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٣١٥ .

الناس ـ كما أن من حق فاعل المنكر أن يدفع ما يقع عليه إذا كان فيه تجاوز عن الحدود الشرعية من قبل دافع المنكر(١٨٩) ولاشك أن توظيف نظرية الدفاع الشرعي العام الآن إذا وجدت تنفيذًا من ولى الأمر المسلم تقى البلاد الإسلامية شرورًا كثيرة خاصة فى مجال مافيا المخدرات وحالات الغش وصورها التى لا نهاية لها(١٩٠)

٨ ـ إن العقوبة البدنية لها وثيق صلة بصلاح الحياة الاجتماعية للمسلمين وخاصة ما يتعلق بحماية حياتهم الخاصة :

وبيان ذلك أن سيادة الدولة على رعاياها وعلى جميع من هم فى نطاق حدودها أمر لا يمارى فيه عاقل دون إستثناء لفرد أو طائفة لأن مبدأ الاستثناء هنا إفساد لقواعد العدالة التى تتناقض مع نظام الحكم فى الإسلام بل إن من حق ولى الأمر أن يتخذ من الأعوان والمساعدين ما ينظم عن استخدامهم تحقيق الأمن وحماية الجماعة وتحقيق السلامة العامة وقد اتخذ الرسول صلى الله عليهم وسلم من الأعوان والمساعدين ما يحمى المجتمع من خطر المنافقين وأهل الريّب والسوء .

وفى مسند الإمام أحمد ورد ما نصه «قال أبو الدرداء ألم يكن فيكم صاحب الوساد وصاحب السر الذى لا يعلمه غيره والذى أجير من الشيطان على لسان النبى صلى الله عليه وسلم أما صاحب الوساد ابن مسعود وصاحب السر حذيفة والذى أجير من الشيطان عمار(١٩١) يقول الجاحظ فى معرض حديثه عن أركان الحكم مايلى :

«من أخلاق الملك البحث عن سائر خاصته وعامته ولا يكون شىء أهم ولا أكبر فى سياسة وإنتظام ملكه من الفحص عن ذلك ومتى غفل عنه فليس له من التسمية بالملك الذى معناه المبالغة فى الرعاية إلا مجرد الذكر فقط» إلى أن يقول : «إن الرعية لا تسكن قلوبها بجلالة ملكها حتى يكون أعلم الناس بأفاعيلها وأكثر بحثًا عن أسرارها كما أن الملك لا تطول مدته إلا أن يفحص عن الرعية فحص المرضعة عن منام رضيعها» والفكر الإسلامى لا يتناقض ومهمة رجل الاستخبارات والتى تنحصر فى رصد المتآمرين

---

(١٨٩) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٣١٨ ـ ٣٢٣ .

(١٩٠) يراجع الأحكام السلطانية للماوردى حيث يقرر أن الحسبة من القواعد الدينية وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم لعموم صلاحها وجزيل ثوابها كما يراجع صور الوظائف المتعددة للمحتسب والتى تعالج شتى نواحى الحياة من سياسية واجتماعية واقتصادية ص ٢٥٢ وما بعدها كما يراجع الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٣٧ .

(١٩١) يراجع مسند الإمام أحمد ج ٦ ص ٤٤٩ وهو أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى من بنى ذهل بن شيبان ينتمون إلى قبيلة بكر بن وائل إمام المذهب الحنبلى وأصله من مرو لكنه ولد فى بغداد امتحن فى أيام المأمون وغيره فى قضية خلق القرآن له المسند فى الأحاديث النبوية جمع فيه ثلاثون ألف حديث «الأعلام للزركلى ج ١ ص ١٩٢» .

واستكشاف الأذى والتآمر قبل وقوعه على السلطة المسلمة العادلة بل إن هذا واجب كل مسلم حيث ينير الطريق للإمرة الراشدة ويضع المعالم لتصرفات الأمير وفى ذلك راحة له وللمأمور لملاحقة أهل الريب ومعرفة تآمرهم ـ أما التجسس على المسلمين لكشف عوراتهم وهتك أسرارهم فذلك مرفوض لا يرضاه الشرع ويجب أن توظف له عقوبة بدنية مناسبة رادعة وزاجرة لأن الاعتداء على الحياة الخاصة للناس خرق لقانون تحقيق الأمن وحماية الجماعة وسلطات الدولة يجب أن تكون يدها مغلولة فى الكشف عن أسرار الناس الخاصة إلا إذا كانت هناك ضرورة لذلك والضرورة تقدر بقدرها كما يقول علماء الأصول بل وإن هناك من الموجبات ما يحتم على السلطات ويلزمها بالتجسس والتحرى كالكشف عن أسرار جريمة مثلاً وفى هذا المعرض يقول الإمام الماوردى فى الأحكام السلطانية ما نصه «وأما ما لم يظهر من المحظورات فليس للمحتسب أن يتجسس عنها ولا أن يهتك الأستار عذرًا من الإستتار بها قال النبى صلى الله عليه وسلم «من أتى من هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه» فإن غلب على الظن استسرار قوم بها لامارات دلت وآثار ظهرت مثل أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلاً خلا بامرأة ليزنى بها أو برجل ليقتله فيجوز له فى مثل هذه الحالة أن يتجسس ويقدم على الكشف والبحث حذرًا من فوات ما لا يستدرك من إنتهاك المحارم وإرتكاب المحظورات(١٩٢) .

كما يجب التنبيه إلى أمر مهم وهو أن تتبع أهل الريب والمجرمين وإن كان واجبًا على السلطات فى الدولة إلا أنه لابد من توافر الامارات لأهل الاختصاص التى تؤكد أن فى ترك التجسس انتهاك للحرمات .

ويقول الإمام الغزالى عند حديثه عن الركن الثانى من أركان الحسبة «لا ينبغى أن يسترق السمع على دار الغير وكل من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لنعرف المعصية إلا أن يظهر فى الدار ظهورًا يعرفه من هو خارج الدار كأصوات المزامير والأوتار إذا إرتفعت بحيث جاوز ذلك حيطان الدار فمن سمع ذلك فله دخول الدار وكسر الملاهى»(١٩٣) وإذا أجاز الغزالى لكل من يسمع الصوت حق الدخول لدفع المنكر فإن الرجال الذين يناط بهم حفظ الأمن من باب أولى على أساس أن البيوتات التى تقيم فى

---

(١٩٢) للإمام الماوردى تفصيل واسع فى هذا الشأن يراجع ص ٢٥٢ والماوردى هو على بن محمد بن حبيب الماوردى نسبته إلى بيع ماء الورد ولد بالبصرة وانتقل إلى بغداد حافظ لمذهب الشافعى وهو أول من لقب بقاضى القضاة فى عهد القائم بأمر الله العباسى اتهم بالميل إلى الاعتزال من تصانيفه الحاوى فى الفقه وأدب الدنيا والدين ولد ٣٦٤ ـ وتوفى ٤٥٠ فى بغداد الاعلام ج ٥ ص ١٤٦ .

(١٩٣) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٣٢٥ .

داخلها ما لا يرضى الله تكون بؤرًا صديدية تنخر فى عظام الأمم وذلك بالطبع خارج عن نطاق توجيهات الإسلام للمحافظة على عورات الناس وسترها قال صلى الله عليه وسلم «من ستر عورة فكأنما استحيا مؤودة من قبرها»[194] .

وما سبق عرضه يفيد أن مسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها أنه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسئول عن تحصيل مصلحة نفسه فمن حق الجماعة على الفرد أن لا يعبث بمصالحها تحت ستار ما يمنح من حقوق كما أن الشريعة أيدت هذا الحق حيث أقامت من الجماعة نفسها رقيبًا على تصرفات الفرد حتى فى خالص حقه وقوة مانعة له من احداثه الاضرار بها أما لو حدث الاضرار فعلاً بأن انتهكت الحياة الخاصة لبعض الناس دون وجه حق بغض النظر عن وظيفة الجانى فإن العقوبة البدنية المناسبة تكون أقرب العقوبات إلى صلاح الناس لأنها موانع تمنع ارتكاب أو معاودة الاضرار بحق الناس فى التمتع بحياتهم الخاصة وقد يكون هناك من العقوبات غير البدنية ما يصل بالشرع إلى نفس النتيجة إلا أن العقوبة البدنية تكون أقرب العقوبات وصولاً إلى المراد ومرجع ذلك طبيعتها والتى هى لصيقة بالتكوين النفسى للإنسان حيث إن الرادع الدينى قد خلا من نفس الجانى فلم يبق إلا رادع السلطان وهى وإن كانت عقوبة تفويضية إلا أنه يجب أن يراعى فيها كل ما هو أقرب إلى الصلاح والأقرب إلى الصلاح هنا أن واجب ولى الأمر أن يتدبر أمره ويستعن بأهل الصلاح للوظائف التى فيها احتكاك مباشر بالناس وأن يختار أهل الأخلاق الفاضلة والسلوك الحسن يقول ابن القيم «يجب على ولى الأمر أن يستعين فى ولايته بأهل الصدق والعدل والأمثل فالأمثل»[195] .

ويجب ألا يغيبّن عن البال ـ أنه إذا كانت القاعدة عند أهل القانون الوضعى تفيد أن الصلة وثيقة بين النظام الإتهامى والحقوق والحريات العامة للمواطنين أو بعبارة أخرى بين النظام الاتهامى والسياسى فى الأمة ـ فإن الفكر الإسلامى أقام نظامًا سياسيًا تتعانق فيه المصالح الفردية والاجتماعية معًا بهدف أن يحفظ للإنسان حريته وفى نفس الوقت يهيئ للدولة سبل الدفاع عن المصالح العامة[196] وهذا يعنى فى تقديرنا أن النظام الاتهامى فى الإسلام فرق بين حقوق الأشخاص فيما يتعلق بالعقوبة عمومًا بما فيها البدنية بمعيار مادى مفاده خطورة الجريمة ـ بمعنى أن الجرائم التعزيرية والتى نعالج ما يتعلق بشأنها من عقوبات الآن خطرها على المصالح الاجتماعية قليل ومن ثم يمنح الفقه الإسلامى سعة فى حقوق

(١٩٤) سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٧١ ط ١ مجمع الزوائد ٢٤٧/٦ .

(١٩٥) الطرق الحكمية ص ٢٣٨ .

(١٩٦) نظرية الإسلام السياسية للمفكر أبو الأعلى المودودى ص ٣١ ط بمصر سنة ١٩٦٨ م .

الأشخاص من حيث الدفوع والإجراءات حيث تتسع دائرة حقوق الخصوم بينما العكس فى الجرائم الحدية حيث الخطر الجسيم على المصالح الاجتماعية ومن ثم تقيد فيها هذه الحقوق نسبيًا دون ضياع حق فرد فى المجتمع .

وهذا يعنى أن رجال السلطة عليهم عبء المواجهة القوية عند دعواهم بأن زيدًا من الناس من أهل الريب تمهيدًا لمعاقبته وفى ذلك كسر لسلطان الدولة تجاه الأفراد أو موازنة دقيقة بين الحقين حق الدولة فى الحكم وحق الأفراد فى العدل .

الفصـل الرابع
أمثـلة لجـرائـم الإفسـاد فـى الأرض

تمهيد وحقـائق :

يحتاج الأمر - وبالضرورة فى تقديرنا - إلى التعريج بلمحة خاطفة عن أهم وظائف الدولة الإسلامية لما لذلك من صلة وثيقة بمسألة العقوبات البدنية وجرائم الإفساد فى الأرض ووجه الصلة أن جرائم الإفساد فى الأرض يقابلها إلتزام الدولة بوجوب تأمين الأمن الداخلى والدفاع الخارجى ، وهو التزام لو أحسن ولى الأمر تطبيقه لانعدمت على أثره جرائم الإفساد فى الأرض أو على الأقل أصبح وجودها لا يشكل خطرًا قائمًا متربصًا بمستقبل المسلمين ، لكنه الانفصال الواقع بين الدولة وبين الإسلام كمنهج حياة ومن أول وأهم وظائف الدولة الإسلامية كما يبين من قراءة الفكر السياسى الإسلامى .

١ - التزام الدولة بواجب تأمين الأمن الداخلى والدفاع الخارجى وفى ذلك يقول أبو يعلى «حماية البيضة والذب عن الحوزة لينصرف الناس فى المعايش وينتشروا فى الأسفار آمنين» وعن الدفاع الخارجى يقول « تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة حتى لا تظفر الأعداء بغرة ينتهكون بها محرما أو يسفكون فيها دما لمسلم أو معاهد »[(١٩٧)] وحماية الأمن الداخلى تعنى إقامة الحدود حتى لا تنتهك حرمات الله تعالى وفى ذلك تطبيق دقيق للمصلحة والعدل كما تعنى حفظ حقوق العباد من إتلاف واستهلاك وإقامة الحدود إذا كانت تستند إلى نصوص صريحة قاطعة يجب الإلتزام بها فإن حماية الأمن الداخلى - فى زماننا - يحتاج إلى جانب إقامة الحدود العمل بالسياسة الشرعية التى أساسها المصلحة والعدل والتى هى سلطة تقديرية لم يرد بشأنها نص فى كتاب أو

---

(١٩٧) الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى ص ١١ وانظر أيضًا نظام الإسلام الحكم والدولة محمد المبارك ص ٨٧ وفى النظام السياسى للدولة الإسلامية د . محمد سليم العوا ص١٤٧ ط المكتب المصرى الحديث .

سنة يحددها مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدبير شئونها ورعاية الصالح العام دون تعسف أو هى بتعبير ابن عقيل «السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى»[١٩٨] والدفاع الخارجى لا يعنى فى تقديرنا الجهاد بمفهومه المعروف فقط وإنما يعنى إلى جانب الجهاد صيانة الثغور وتحصينها ماديًا ومعنويًا حتى لا يتسرب إلى داخل البلاد ـ بطريق غير مشروع ـ من الأفكار وغيرها ما يزلزل حماية الأمن الداخلى ـ وبالتالى تتفرغ الأمة للعمل على تدبير إعلان دعوة الإسلام للكافة وبذلك يلتقى مضمون الدفاع الخارجى بحماية الأمن الداخلى[١٩٩] ولا يتم ذلك إلا إذا كان هناك سلطان حسن السياسة عالى القدوة على الكمال فى كل شىء يقول ابن الأزرق فى كتابه بدائع السلك . «إن

(١٩٨) الطرق الحكمية ص ١٥ .

(١٩٩) يقول الماوردى فى الأحكام السلطانية فى معرض حديثه عن واجب سلطان المسلمين فى الدفاع الخارجى إن الذين لم تبلغهم دعوة الإسلام واجب على السلطان إبلاغهم بذلك كما يحرم عليه الإقدام على قتالهم غرة قبل إظهار الدعوة وإعلامهم معجزات النبوة فإن بدأ بقتالهم قبل دعائهم إلى الإسلام وإنذارهم بالحجة وقتلهم عرة وبياتا ضمن ديات نفوسهم وكانت على الأصح كديات المسلمين ـ انظر ماكتبه أبو يعلى فى الأحكام السلطانية ص ٤١ ط ١٤٠٣ هـ بيروت وقد بنيت فلسفة الإسلام على أن أعظم وأجل مهات الدولة تتمثل فى نشر دعوته مسفرة الوجه بحقائقها العقائدية وتعاليمها الأخلاقية ومنع ما يعارض أسس هذه الدعوة وأساس ذلك أن كل وثنية «تقديس لغير الله» ينجم عنه ضرر مباشر بالناس جميعًا فكريًا وعمليًا وسياسيًا حيث تؤدى الوثنية إلى الخرافات أو استعباد الإنسان للإنسان أو استعباد الغرائز والمال له حتى فى حالة الإلحاد المطلق لابد من شىء يحتل المكانة العليا فيعظم ويقدس فمآل الإلحاد إلى نوع من أنواع الوثنية والوثنية تؤدى بوضعها فى مكان الإله ما لا يستحق أن يكون إلهًا إلى نتائج سيئة وضارة لذلك يرى الإسلام وجوب محاربة الوثنية والإلحاد لأنه يؤدى إليها أيضًا لما فيها من ضرر على البشرية لا يعادله ضرر أى شىء آخر فالمنكرات والجرائم والظلم والاستبداد فى الحكم أقل ضررًا من العقائد الوثنية التى تؤله غير الله سواء أكان ذلك صنمًا أو كوكبًا أو فردًا من الناس أو فئة فيهم أو الطبيعة أو المادة أو غريزة الإنسان أو عقله أو وطنه أو قوميته .. إلخ ولهذا السبب نفسه يتسامح الإسلام إلى حد كبير مع المذاهب أو الأديان التى تقوم فى أساسها التاريخى على عقيدة الإيمان بالله والنبوات مهما يكن رأيه فى تبدلها وفى نسخ أحكامها ويرى الأستاذ محمد المبارك ـ أن هذه الوظيفة الأساسية للدولة تفرض عليها :

١ ـ إيجابيًا بتعليم العقيدة ـ حقائق الإيمان والأخلاق والأحكام وهذا ما فعله سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العهد المكى وكذلك الخلفاء من بعده .

٢ ـ سلبيًا منع انتشار العقائد الباطلة كسائر أنواع الوثنية والإلحاد أو بتعبير ابن تيمية منع الغش والتدليس فى الديانات . وهذا المعنى عبر عنه القاضى أبو يعلى بقوله فى معرض حديثه عن واجبات الإمام «عليه حفظ الدين على الأصول التى أجمع عليها سلف الأمة فإن زاغ ذو شبهة عنه بين له الحجة وأوضح له الصواب وأخذه بما يلزمه من الحقوق والحدود ليكون الدين محروسًا من الخلل والأمة ممنوعة من الزلل» انظر الحكم والدولة لمحمد المبارك ص ٩٠ والأحكام السلطانية لأبى يعلى فصل ولايات الإمام ص ٢٨ وما بعدها والفراء ص ١١ والماوردى ص ١٥ ـ ١٦ .

إصلاح السلطان نفسه بتنزيهه عن سفاسف الأخلاق وترفعه عن صحبة ذوى البطالة والمجون هو الكفيل بإصلاح الرعية لتمكين أثره فى التمسك بالدين والمحافظة على المروءة كما وفق إليه المأمون حين كان أخوه الأمين خلافه وبذلك تمكن من خلفه على ما هو معروف» وللدولة سلطة التشريع فى إتخاذ ما تراه محققاً للغرض مانعًا من المرض .

وليس ثمة شك فى أن الدولة الإسلامية ممثلة فى سلطانها وجميع أجهزتها المختلفة لو أحسنت القيام بهذه الوظيفة كفت نفسها من كل الجرائم المضرة بالمصلحة العامة فى الداخل والخارج .

٢ ـ من وظائف الدولة المالية والاقتصادية إستيفاء الحقوق وترتيب كل ما يتعلق بالسياسة المالية ـ فكما للدولة الحق فى جباية الفىء والصدقات على ما أوجبه الشرع نصًا واجتهادًا دون تعسف فإن واجبها أن تعمل على أن يأمن كل فرد فى الأمة على ماله وممتلكاته فلا يخاف أن يُعتدى عليه من أحد ولا أن يظلم من أجهزة الدولة فيخرج الفساد من تحت عباءة أهل المسئولية كما أن للجميع حد أدنى من الكفاية العادلة فى العطاء وما يستحق من بيت المال من غير سرف ولا تقصير فيه ودفعه فى وقت لا تقديم فيه ولا تأخير طبقًا لعبارة أبو يعلى ـ ويدخل فى هذه الوظيفة تحديد الأسعار والأجور فى موضعها الشرعى ومنع الاحتكار والإجبار على البيع والتأجير والعمل حيث يكون ذلك ضروريًا وتأمين المعيشة حين القحط والجدب كما فعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى طلب المدد لأهل الحجاز من المناطق الأخرى(٢٠٠) .

ولها أن تسن من التشريعات ما يتفق وروح الشريعة لتحقيق ذلك وبذلك تصون الدولة الملكية العامة والخاصة على حد سواء وتأمن جرائم الاعتداء على المال من جهة ومن جهة أخرى تفتح باب الرواج التجارى والاجتماعى والسياسى ليعيش الناس كما أراد لهم منهج الإسلام أن يعيشوا .

٣ ـ لا يغيبن عن البال أن من حق الدولة الإسلامية ـ بل من واجبها ـ أن لا تلجأ إلى سلطة التشريع وإصدار القوانين كوسيلة وحيدة لقتل جرائم الإفساد فى الأرض فى مهدها ومن ثم إصلاح دنيا الناس وتنميتها بل إن هناك وسائل عديدة يجب على السلطة الأخذ بها والتنسيق بينها مثل وسائل التعليم المختلفة والمبنية على أسس علمية

---

(٢٠٠) انظر الحسبة لابن تيمية وآراء ابن تيمية د / محمد المبارك لمعرفة مدى تدخل الدولة فى المجال الاقتصادى من منظور الفقه الإسلامى ص ٩٣ وما بعدها ط ١٤٠١ هـ دار الفكر .

وخطط مدروسة سلفًا وكذلك وسائل الإعلام ـ لو أحسن استخدامها ـ ليكون إعلامًا راقيًا ومفيدًا ومثمرًا لا إعلامًا هابطًا يثير كوامن الغرائز فى النفس البشرية ويهبط بها إلى القاع وبذلك يضمن أولى الأمر إنحياز الرأى العام مما يحدث ايجابية تجميع الأفراد تشارك فى مخططات الإصلاح والبناء ويضع الناس أنفسهم من تلقاء أنفسهم فى قيود والتزامات القانون التى لا تمس حريتهم المدنية بالطبع .

المبحث الأول
«تعليق ونموذج تطبيقى حول ماهية الإفساد فى الأرض»

أولاً : طبقًا لما سبق الحديث عنه فى ماهية الإفساد فى الأرض لا يمكن أن يكون الإفساد فى الأرض قاصرًا على الحرابة أو السطو المسلح أو السرقة بالإكراه فى الطريق العام أو غيره من صور التحدى لسلطان الدولة ومن يقل بذلك يكون شأنه شأن من قال إن جريمة الزنا ليست بجريمة إلا إذا تمت جبرًا أو إكراهًا لأحد طرفاها حيث الجريمة الحقيقية طبقًا لهذا المنطق هى الإكراه السابق على الزنا وليس الزنا الذى يفرز فسادًا فى الأرض وأطفالاً غير شرعيين يتولون قيادة جرائم السطو والسرقة والخطف والقتل والانتحار فى المجتمع مما يخلق إنفصاما بين الفقه الإسلامى والواقع المعاصر لحياة المسلمين ما أراده الله لهم والرأى عندى يصل إلى أن من يقتل إبتكارًا علميًا جديدًا فكر فيه مسلم ليثمر نظرية علمية جديدة تنفع الناس فى حياتهم يكون مفسدًا فى الأرض(٢٠١) .

ومن يروج أغذية مغشوشة تحمل بين أجزائها إشعاعًا ذريًا أو ميكروبًا قاتلاً يكون مفسدًا فى الأرض ومن يشارك فى خطط هدفها أن تنتقص أرض الإسلام من أطرافها يكون كالخارج على السلطان يشهر سلاحًا . من يروّج باسم الإسلام معارك فى فروع الفقه دون تأويل سائغ بهدف إبقاء المسلمين على ما هم عليه من تخلف حضارى لا ينكر ومن يتحدث

---

(٢٠١) نشرت إحدى المجلات العلمية العربية فى جمادى الأولى ١٤٠٨ هـ أهم الإنجازات العلمية التى ابتكرت فى القرن العشرين وهى إنجازات تعالج قطاعًا عريضًا مما يعن للناس فى حياتهم صحيًا واجتماعيًا وحضاريًا وليس فيما نشر اسم لعالم مسلم فقلت فى نفسى هكذا غير المسلمين فماذا يصنع المسلمون فى بلادهم إذن وأين قول الله تعالى فى الدعوة إلى الأخذ بأسباب العلم فى أكثر من موضع وأغلب الظن أنها بطالة عقلية مخطط لها ومدروسة ولها منفذين مأجورين مفسدين فى الأرض ـ ليت قومى ينصفون الإسلام من أنفسهم حتى ينطلق هذا الدين ممزقًا أسمالهم العقلية والاجتماعية التى هوت بهم فى منحدر سحيق .

باسم الإسلام عن عمد فتنبعث منه صور منفرّة تبعد غير المسلم عن الدخول فى الإسلام ـ من يشتغل بالجزئيات على حساب الكليات لنشر فساد سياسى أو تخلف اقتصادى أو تردى اجتماعى . من يجلب مخدرات بكافة أشكالها ومن يروجها ومن يوزعها هبة أو تجارة ـ من يفعل فعلاً أو يتخذ قرارًا يمكّن به لشركة أجنبية غير مسلمة من العمل فى أرض المسلمين مع قدرة غيرها من الشركات الإسلامية ـ من يعبث بأقوات الناس ويتلاعب بأسباب أرزاقهم ـ من يعتدى على الأعراض ويتلصص عليها ويفسد الأخلاق ويهلك الحرث والنسل بالممارسة أو التجارة أو جلب أفلام أو صور تقضى على الفضيلة وتهلك الرجولة من يغش فى المكيال والميزان والطعام فيقدم الخبيث باسم الطيب والردىء باسم الجيد ـ من يسرق المال العام أو ينهبه أو يدمره من يهدر مصالح الناس فتضيع حقوقهم مما ينبنى عليه قطع الصلات وإثارة الأحقاد والغش والقتل بينهم من يرتد عن الملة أو ينشر صورًا للإلحاد تمس معتقداً للمسلمين من ينكر شيئًا علم من الدين بالضرورة من يوقد فتنة فى الأرض فيتربح بها من بيع سلاح أو غيره ... إلخ . هذه الصور التى جدت فى واقع المسلمين المعاصر تمثل صورا للإفساد فى الأرض لا تخرج عن ماهية الإفساد الفقهى وإذا لم يكن هؤلاء مفسدون فى الأرض فمن يكن إذن مفسدًا فيها وهذا القول يقعّد علميًا ـ فى تقديرنا ـ على مايلى :

ثانيًا : نصوص مؤكدة :

(ا) بعض النصوص تؤيد ما ذهبنا إليه عند التعرض لتحليل معنى الفساد العلمى ـ وهى كثيرة ـ لكننا نذكر منها مثالين فقط الأول من القرآن الكريم والثانى من السنة النبوية المطهرة .

الأول : جاء فى سورة القصص فى معرض الحديث عن قصة قارون قول الله تعالى : «وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد فى الأرض إن الله لا يحب المفسدين»(٢٠٢) .

ووجه الدلالة من النص السابق أن علماء التفسير عندما تعرضوا لمعنى كلمة الفساد فى الأرض ـ قالوا إنها المعاصى على وجه الإطلاق(٢٠٣) والذى يروج المخدرات على عباد الله

---

(٢٠٢) القصص آية ٧٧ واقرأ إن شئت الآية رقم ٢٥ من سورة الرعد وغير ذلك كثير.

(٢٠٣) انظر الجامع لأحكام القرآن ج ١٣ ص ٣١٥ وأحكام القرآن لابن العربى ج ٣ ص ١٤٨٣ وللإمام الشوكانى تفصيل جميل انظر ج ٤ من فتح القدير ص ١٨٦ ـ ١٨٧ ط دار الفكر ١٤٠٣ هـ والشهيد / سيد قطب فسر الفساد هنا بأنه البغى والظلم والمتاع المطلق من مراقبة الله ومراعاة الآخرة وملء صدور الناس بالحرج والحسد والبغضاء وإنفاق المال فى غير وجهه أو إمساكه عن وجهه انظر ج ٥ ص ٢٧١١ من الظلال .

فى الأرض ويتفنن فى ذلك لدرجة أن يصطدم بصر الإنسان بخبر نشرته إحدى الصحف المصرية مفاده أن أقسام المدمنين بالمصحات النفسية تحولت إلى أوكار لتعاطى المخدرات ـ بل إن هناك عصابات إجرامية تخصصت فى سرقة جماجم الموتى لبيعها لتجار السموم البيضاء حيث يتم طحنها وخلطها بمادة الهيروين[٢٠٤] .

أفلا يكون عاصيًا ومن ثم مفسدًا فى الأرض فسادًا عظيمًا وأفلا يكون من العدل أن يتخلص المجتمع من أمثاله لجنايته على أمة بأسرها حتى شملت جنايته من كان المفروض فيهم أنهم قدوة للأجيال حيث نشرت إحدى الصحف المصرية ما نصه «ضبطت مباحث ارمنت مدرسًا يدخن الحشيش أمام التلاميذ فى الفصل حيث أحيل للنيابة فأمرت بإخلاء سبيله بضمان مالى ـ وقلت فى نفسى المقالة الشهيرة «يا لله للمسلمين» إذا كان هذا شأن المعلم فما هو الشأن فى طلابه ترى ؟.. ومع ذلك نرى كثيرًا من الغربيين المتحضرين ؟ ومعهم هنا بالتأكيد كثير من «المثقفين» ؟ يعتبرون العقوبات الإسلامية همجية بربرية لا يجوز أن توصم بها الإنسانية فى العصر الحديث ألا إنه عمى القلوب فى الصدور .

الثانى : (أ) عن ثوبان رضى الله تعالى عنه قال «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى والرائش» .

(ب) ما رواه الترمذى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال : «بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فلما سرت أرسل فى أثرى فرددت فقال [أتدرى لم بعثت إليك ؟ لا تصيبن شيئًا بغير إذنى فإنه غلول] ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة ـ لهذا دعوتك فامض لعملك[٢٠٥] .

ووجه الدلالة أن اللعن وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله لا يكون إلا فى معصية كبيرة عظيمة والرشوة معصية محرمة لأنها إفساد فى الأرض كما أن الأخذ بغير إذن الإمام «بطريق غير مشروع» غلول وخيانة والرشوة تؤخذ بغير إذن الإمام فتكون غلولاً وخيانة وإفساد فى الأرض يحتم على ولى أمر المسلمين عقاب فاعلها بعقوبة المفسدين فى الأرض .

ثالثًا : تحليل لنموذج تطبيقى :

تأمل معى مايلى :

١ ـ إن العقلاء جميعًا متفقون على أن الرشوة جريمة من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وإنها إلى جانب ذلك تنال من شرف السلطة العامة وتقدح فى نزاهتها كما تقضى على ما

---

(٢٠٤) جريدة الوفد ١٣ جمادى الأولى ١٤٠٨ هـ.

(٢٠٥) انظر كنز العمال ج ٦ ص ٦٠ ومجمع الزوائد ج ٤ ص ١٩٩ وجامع الأصول ج ١٠ ص ٥٤٩ .

لها فى نفوس الناس من احترام وهيبة وهى إلى جانب كونها بوابة للفساد فى الأرض فإنها تهدر مبدأ العدالة الذى يوجب التسوية بين الناس عندما تتكافأ ظروفهم إد تصبح أجهزة الدولة بسبب الرشوة فى خدمة من يدفع لا من يستحق .

٢ ـ أن تعريف الرشوة وبيان أركانها يتحد فى جوهره بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى فموجز ما يقال عن ذلك فى الأول مايلى :

(أ) تعريف الرشوة عند علماء اللغة ـ قال الأصمعى إذا امتدت أغصان الحنظل فيل قد أرشت أى صارت كالأرشيه وهى الحبال وتسمى الرشوة البراطيل وهو حجر صلب مدور إذا ألقى فى فم المتكلم يمنعه من النطق والتكلم(٢٠٦) .

(ب) وهى فى الاصطلاح الفقهى كما عرفها ابن عابدين ما يعطيه الشخص لحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد(٢٠٧) . فالشىء المعطى عام ليشمل المال والمنفعة وغيرهما والحاكم هو القاضى فى الفقه الإسلامى .

والمراد بغيره كل ما يرجى عنده قضاء مطلب الراشى موظفًا أو غيره(٢٠٨) ويبين مما سبق أن أركان جريمة الرشوة فى الفقه الإسلامى .

١ ـ مرتشى من يأخذ المال أو المنفعة ليقوم بالعمل غير المشروع ايجابًا أو سلبًا .

٢ ـ راشى من يدفع المال أو المنفعة مقابل الغرض الذى يطلبه .

٣ ـ رشوة وهى ما يدفع لحمل المرتشى على تحقيق غرض الراشى .

(جـ) موجز ما يقال عن ذلك فى الفقه الوضعى مايلى :

تعرف الرشوة بعد ما طرأ على نصوصها من تعديل بأنها طلب الفائدة أو قبولها من جانب الموظف العام أو عرضها عليه مقابل عمل وظيفى يختص به حقيقة أو حكمًا ـ وهذا يعنى أن ركنها المادى يتكون من فعل معين وهو الطلب أو القبول أو الأخذ ومن محل يرد عليه هذا الفعل وهو الفائده ومن يقابل هذه الفائدة وهو العمل الوظيفى أما الركن المعنوى فيها فصورته العمد(٢٠٩) .

٣ ـ عقوبة الجريمة .

أولاً : فى الفقه الإسلامى ـ قلنا ما يفيد سابقًا أن للتعزير أنواعًا كثيرة كالجلد والحبس

---

(٢٠٦) انظر تهذيب اللغة ج ١١ ص ٤٦ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٢ .

(٢٠٧) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٢ .

(٢٠٨) فى الفقه الإسلامى تعريفات كثيرة للرشوة ولابن حزم رأى فى الذى يمنع من حق له فيعطى ليدفع عن نفسه الظلم انظر مسألة ١٦٣٦ ج ٩ ص ١٥٧ ـ ١٥٨ وانظر كشاف القناع ج ٦ ص ٣١٦

(٢٠٩) انظر الجرائم المضرة بالمصلحة العامة د / عوض محمد ص ٥ دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٥ والوسيط فى قانون العقوبات د . أحمد فتحى سرور ص ١١٣ وما بعدها ط . الشركة المتحدة للنشر سنة ٧٩ .

والعزل من الوظيفة ومصادرة المال والحرمان من الحقوق ـ والقتل وقلنا أيضًا إن التعزير بالقتل جائز عند أكثر الفقهاء ـ ولكن هل تنفذ عقوبة القتل تعزيرًا فى المرتشين؟ ـ الجواب ـ كل المفسدين فى الأرض تنفذ فيهم هذه العقوبة إذا لم يتخلوا عن فسادهم وأصروا عليه وحسبنا بالرشوة فسادًا . والداعون إلى البدعة ومن تتكرر منهم الجرائم الحدية التى لا قتل فيها كذلك يقول ابن تيمية ملخصًا هذه المسألة بما يفيد أن قتل من لا يزول فساده إلا بالقتل أمر لازم لصلاح أحوال الناس[٢١٠] .

والرأى الفقهى الذى يرى أن المفسد فى الأرض إذا لم ينقطع شره إلا بقتله وجب قتله لم يأت من فراغ وإنما .. يستند على أصول يركن إليها مثل :

ما رواه أحمد عن ديلم الحميرى رضى الله عنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إنا بأرض نعالج فيها عملاً شديدًا وإنا نتخذ شرابًا من القمح نتقوى به على برد بلادنا فقال « هل يسكر » قلت نعم قال « فاجتنبوه » قلت إن الناس غير تاركيه ـ قال « فإن لم يتركوه فاقتلوهم »[٢١١] .

ومثل ما فعله عمر بن عبد العزيز خامس الراشدين حيث قتل غيلان القدرى لأنه تزعم الدعوة إلى البدع وقد أجاز ذلك ابن القيم وجمهرة العلماء[٢١٢] وبالقياس المفسد كالصائل إذا لم يندفع إلا بالقتل قتل فكذلك المفسد وهذا إستدلال منطقى يتفق والنص وروح الشرع الإسلامى ـ ذلك أن الوقوف بعقوبة الإعدام عند بعض الجرائم لا يتمشى مع أغراض الشارع من فرضية العقاب ولا يتفق مع العقل والمنطق فهناك من الجرائم ما يزيد فى خطورته عن جرائم الحدود والقصاص المقررة فيها عقوبة الإعدام كالتزوير والرشوة والغش فى المعاملات كما أن هناك من المجرمين من اتخذ الإجرام حرفة يمارسها ويعلمها غيره ومن ثم يهز الأمن والاستقرار للأمة أو يهدد الدين والعقيدة أو يضر بالمصلحة العامة أو يمس أمن الدولة وسلامتها فى الداخل

---

(٢١٠) الطرق الحكمية ص ١٠٧ ـ ١٠٨ .

(٢١١) قتل شارب الخمر ورد فيه هذا الحديث عن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاده فاقتلوه » . قال عبد الله إئتونى برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فلكم علىّ أن أقتله رواه أحمد انظر نيل الأوطار شرح المنتقى ج ٧ ص ٣٢٤ والظاهرية يؤكدون على وجوب العمل بهذا النص بينما يرى البعض بنسخ هذا النص بحديث جابر رضى الله عنه وانظر أيضًا الروض الندى شرح كاف المبتدى للعلامة أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلى ١١٠٨ ـ ١١٨٩ ط . المؤسسة السعيدية الرياض ص ٤٧١ بدون تاريخ .

(٢١٢) الطرق الحكمية ص ١٠٧ وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٠٦ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ١٩١ وكشاف القناع ج ٤ ص ٧٦ .

أو الخارج ألا يعد ذلك مفسدًا فى الأرض ؟ وولى أمر المسلمين سلطته فى الإعدام تعزيرًا ليست مطلقة وإنما هى مقيدة بإخلاء المجتمع من الفساد(٢١٣) .

ثانيًا : فى الفقه الجنائى الوضعى : الرشوة جناية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤبدة والغرامة والمصادرة ويحكم على الجانى فضلاً عن ذلك بالعزل والحرمان من الحقوق جزاءً تبعيًا وهناك ظرف مشدد للعقوبة نصت عليه م ١٠٨ (٢١٤) ع حيث أفادت ـ عدا أنه إذا كان الغرض من الرشوة ارتكاب جناية عقوبتها أشد من عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . انطبقت العقوبة الأشد مع الغرامة المقررة للرشوة ولا عقوبة أشد من الأشغال الشاقة المؤبدة إلا عقوبة الإعدام ومثال ذلك أن يكون الغرض من الرشوة إرتكاب جريمة مما نصت عليه م ٨٠ ع وهى التجسس والخيانة والتخريب ويلاحظ أن القواعد العامة لم تكن تؤدى إلى هذه النتيجة لولا وجود م ١٠٨ لأن المقام ليس مقام تعدد إذ التعدد يقتضى وقوع أكثر من جريمة(٢١٥) .

٤ ـ مقابلة ومقارنة .

(١) ليس ثمة ما يمنع فى الفقه الإسلامى من القول بأن جريمة الرشوة تختلف عن كثير من الجرائم فى أن الفعل المكون لها ليست له صورة واحدة بل له صور ثلاث تتكافأ كلها ويكفى أيا منها لوقوع الجريمة ومن ثم فلا يلزم إجتماعها وهذه الصور هى الطلب للرشوة من قبل المرتشى(٢١٦) وقبولها تعبير عن إرادة لعرض سابق وأخذها وهذه الصورة يعبر عنها بالرشوة العاجلة ويختلف الأخذ عن القبول فى أنه ينصب على ذات الفائدة لا على مجرد الوعد بها ـ لكن الذى يعنينا هنا بالدرجة الأولى المقابلة بين عقوبة الجريمة فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى .

(٢) قد يلتقى الفقه الإسلامى مع الفقه الوضعى فيما نص عليه من ظرف مشدد للرشوة م ١٠٨ ع لكن يبقى للفقه الإسلامى إمتيازه الحضارى المتقدم المتمثل فى طرح بدائل كثيرة لعقوبات الرشوة فالعزل والحبس ومصادرة المال والحرمان من الحقوق والجلد

---

(٢١٣) انظر فى هذا المعنى السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٥٥ والتعزير د / عبد العزيز عامر ص ٣٢٣ .

(٢١٤) انظر المواد ١٠٣ ، ١٠٣ م ، ١٠٤ ، ١٠٤ م ، ١١٠ ع .

(٢١٥) الجرائم المضرة بالمصلحة العامة د / عوض محمد ص ٣٧ .

(٢١٦) لم يعرف قانون العقوبات المصرى هذه الصورة إلا عام ١٩٥٣ وكان القانون حتى ذلك الحين لا يعاقب إلا على قبول الرشوة أو أخذها انظر نصوص نظام مكافحة الرشوة فى المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكى رقم ١٥ فى ١٣٨٢/٣/٧ هـ وقد نصت مذكرته الايضاحية على أن الموظف العام يعاقب إذا طلب لنفسه أو لغيره عطية أو أخذها قبل الوعد متى كان ذلك لأداء عمل من أعمال الوظيفة ... إلخ .

والقتل عقوبات متعددة متنوعة لولى الأمر أن يختار منها ما يناسب كل شخص وكل واقعة رشوة ليصل بذلك إلى هدف إخلاء المجتمع من الفساد .

(٣) إن جريمة الرشوة باعتبارها تخضع فنيا فى عقوبتها من منظور الفقه الإسلامى لمبدأ التعزير تعنى أن عقوبة الجلد ضمن العقوبات المصنفة لها فى الفقه الإسلامى ولا يخفى أن هذه العقوبة تخيف الجناه وتردعهم فلا يعودون إليها كما تجعل غيرهم يفكر مليا قبل الاقدام على مثل هذا الجرم ثم إنها مرنة بمعنى إمكان تنفيذها شدة وتخفيفا حسب الظروف والأحوال هذا فضلاً عن أنها تحمى من شر الحبس فيما إذا أختير عقوبة ـ ولا عبرة بما وجه لهذه العقوبة من نقد لأنه نقد لا محل له فى العقاب كما أنها لا تخرج فنياً من الناحية الفقهية عن القدر اللازم للردع والزجر ـ وأليس ذلك هو المطلوب فى أى عقوبة .

(٤) لولى الأمر أن يصل بعقوبة الجرائم المضرة بالمصلحة العامة كالرشوة والغش والتزوير ـ إلى القتل ـ لكن بعد أن تطبق عقوبة الجلد البدنية على الجانى فإن عاد إلى جنايته فهذا يعنى أنه مجرم تأصل فيه الإجرام وطابت نفسه بالجريمة ويحتاج الأمر إلى موازنة دقيقة إما الإبقاء على أمثاله يعيثون فى الأرض الفساد وإما تطهير الأرض من فسادهم وإراحة الناس جميعا ولا جدال فى أن حق الجماعة أولى بالرعاية .

(٥) إن مناط شرعية الفعل من عدمه يبنى على الضرر الغالب الناجم عنه حتى وإن كان فيه نفع فتحريم الله للفعل إنما يكون للضرر الخالص أو الإثم الغالب وإن كان فيه بإزاء هذا أو ذاك نفع فى جهة ما وذلك أمر منصوص عليه قال تعالى : «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما»[٢١٧] ومن ثم أرشد أهل العلم إلى جواز ارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن بد من أحدهما[٢١٨] كما أن الفساد الناجم عن استغلال النفوذ صورة كريهة للتعسف فإذا ما جر مغنما لمال من غير حل بسلطان الولاية كان إفسادًا فى الأرض قرر له الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه عقوبة مشاطرة الولاة .. الذين يتهمون فى أموالهم[٢١٩] ولا بأس من الجمع بين العقوبة المالية والبدنية فى زماننا كما أن حادثة ابن اللتبية التى رويت فى الصحيحين عن أبى حميد الساعدى رضى الله عنه المشهورة يمكن الإستئناس بها فى هذا المقام .

---

(٢١٧) البقرة آية ٢١٩ .

(٢١٨) أشباه ابن نجيم ص ٨٩ والسيوطى ص ٨٧ .

(٢١٩) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٠ وما بعدها .

وهذا يعنى أن العبرة فى المشروعية وعدمها بما يتضمنه الفعل من الصلاح والفساد ولا عبرة بصورته ومظهره فليس مثلاً فى تجافى اليتيم وعزلته فى مأكله ومشربه خير حتى يكون ذلك التجافى مشروعا وليس فى مجرد مخالطته شر حتى تكون المخالطة ممنوعة إنما الخير فى أن تحفظ نفسه وأن يحفظ ماله .. وأن يعنى بشأنه وتقويمه وهذا هو الأساس فى المشروعية [٢٢٠] .

(٦) إن كل ما فيه إنتقاص للحقوق وقلب للحقائق وإثارة للأحقاد والبغضاء بين الناس وتعطيل لشرع الله سبحانه وتضييع للمصالح وتسخير المنافع العامة وحقوق الناس فى سبيل الحصول على منافع خاصة ـ مما ينبنى عليه أكل الأموال بالباطل ـ داخل فى مفهوم الإفساد فى الأرض ، ورحم الله الإمام محمود شلتوت ولنا فيه الأسوة الحسنة فى العلم والخلق حيث يقول فى مسألة الغش فى المعاملة وتعليقًا على ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر على رجل يبيع طعاما فأعجبه ظاهره فأدخل يده فيه فوجد به بللا فقال ما هذا يا صاحب الطعام ؟ ـ قال : أصابته السماء ـ يريد أن المطر نزل عليه فقال عليه السلام فهلا أبقيته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ من غش وفى رواية من غشنا فليس منا يقول الإمام ما نصه «حكم عام حكم به النبى صلى الله عليه وسلم على من غش وخدع فى الطعام والطعام مادة ينقضى أثرها بسرعة وقد لا يكون للغش فيها ذلكم الأثر الذى يحدثه الغش فى الجوانب الأخرى من جوانب الحياة ـ إلى أن يقول «وإذا كان الغش وهو تقديم الباطل فى ثوب من الحق يكون فى الرأى والعمل والفتوى والإرشاد والتوجيه والوظيفة فإن غش الطعام فى الإفساد أقل بدرجات ودرجات من الغش فى هذه النواحى الممتد أثرها الشامل ضررها وهو فيها أجدر بأن يخرج صاحبه من .. صفوف المؤمنين .

وقد استشهد الإمام الراحل لإثبات أن الغش بكل أنواعه داخل فى مفهوم الإفساد فى الأرض بقصة سيدنا شعيب الواردة فى سورة الأعراف : «وإلى مدين أخاهم شعيبا قال يا قوم اعبدوا الله ما لكم من إله غيره قد جاءتكم بينة من ربكم فأوفوا الكيل والميزان ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا فى الأرض بعد إصلاحها ذلكم خير لكم إن كنتم مؤمنين» [٢٢١] ويقول الإمام الراحل تعليقا على النص ـ [لم يكن

---

(٢٢٠) تفسير القرآن الكريم للإمام الراحل محمود شلتوت ص ٥٥٥ ط دار الشروق العاشرة ١٤٠٣ هـ .

(٢٢١) سورة الأعراف آية ٨٥ انظر فى تفسير النص ما ذكره القرطبى تجده قريبًا مما وصل إليه الإمام الراحل ج ٧ ص ٢٤٨ والظلال للشهيد سيد قطب ج ٣ ص ١٣١٧ وما بعدها وتفسير أبى السعود ج ٢ ص ٢٤٧ ط دار إحياء التراث بيروت بدون تاريخ وفتح القدير للشوكانى ج ٢ ص ٢٢٤ ط دار الفكر بيروت ١٤٠٣ هـ .

هدف الحكمة الإلٓهية بتخصيص الكيل والميزان فى رسالة شعيب هو الوقوف بها عند حد ما يكال أو يوزن من طعام أو شراب وإنما الهدف هو إقتلاع الخُلق الذى يدفع الإنسان إلى إنتقاص الحقوق والكيد لأصحابها عن طريق الغش والخديعة وعن طريق تسخير المنافع العامة وحقوق الناس فى سبيل الحصول على المنافع الخاصة وهذا هو الذى يعقب حقا الإفساد فى الأرض وزلزلة الحياة العامة على أصحابها][222] .

وطالما أن المسألة ليست مسألة كيل أو ميزان إنما هى أكل أموال الناس بالباطل أو بخس حقوقهم فإن كل ما على هذه الوتيرة فى جوهره داخل فى عداد الإفساد فى الأرض لا فرق بين عصابة تتألف للسرقة والقتل أو قطع الطريق وبين أخرى تتألف لترويج أو ممارسة الدعارة وبين ثالثة تغش أو تطفف الكيل والميزان أو تحتكر أقوات المسلمين لتجيعهم وترفع أسعار قوتهم ـ رحم الله عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : [من احتكر طعاما أربعين يوما[223] يريد به الغلاء فقد برئ من الله وبرئ الله منه][224] ورحم الله والده الخليفة عمر فقد قال : [لا حكرة فى سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من أرزاق الله ينزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده فى الشتاء .. والصيف[225] فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله][226] وقد علق على ما رواه ابن عمر الصنعانى صاحب سبل السلام بقوله وظاهر الحديث تحريم الاحتكار للطعام وغيره وقد ذهب أبو يوسف إلى عمومه فقال كل ما أخبر بالناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو ثيابا[227] .

(٧) لا يشترط فى المفسد فى الأرض عدد ولا حرية ولا جنس ولا ملة معينة ولا سلاح يشهر أمام الناس فالواحد ولو كان أنثى إذا ما عرّض مصالح المسلمين للخطر أو فعل كل ما يندرج تحت مفهوم الإفساد فى الأرض كان .. واجب السلطان إخضاعه إلى

---

(٢٢٢) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٦٩ .

(٢٢٣) قال على القارى لم يرد بأربعين التوقيت والتحديد بل أراد أن المحتكر يجعل الاحتكار حرفته ويريد به نفع نفسه وضر غيره وهو المراد بقوله «يريد الغلاء» لأن أقل ما يتحول فيه المرء فى حرفته هذه المدة .

(٢٢٤) انظر جامع الأصول فى أحاديث الرسول للإمام مجد الدين بن الأثير الجزرى ج ١ ص ٥٩٥ ط دار الفكر ثانية ١٤٠٣ هـ بيروت .

(٢٢٥) أراد بعمود كبده ظهره لأنه يأتى به على تعب ومشقة وإن لم يكن جاء به على ظهره وإنما هو مثل وإنما سمى الظهر عمودًا لأنه يعمدها أى يقيمها ويحفظها .

(٢٢٦) انظر الموطأ ج ٢ ص ٦٥١ باب الحكرة والتربص بلاغًا وجامع الأصول ص ٥٩٣ ج ١ .

(٢٢٧) انظر سبل السلام ج ٣ ص ٣٢ .

شرع الله سبحانه [٢٢٨] يقول الماوردى « وأما المعاملات المنكرة كالزنا والبيوع الفاسدة وما منع الشرع منه مع تراضى المتعاقدين به إذا كان متفقا على حظره فالزجر عليه مختلف بحسب الأحوال وشدة الخطر ـ إلى أن يقول ـ ومما يتعلق بالمعاملات غش المبيعات وتدليس الأثمان وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس منا من غش » فإذا كان هذا الغش تدليسا على المشترى ويخفى عليه فهو أغلظ الغش تحريما وأعظمها مأثما فالإنكار عليه أغلظ والتأديب عليه أشد » [٢٢٩] ولا يخفى أن الرشوة شقيقة الغش التجارى من حيث الضرر والإفساد فى المجتمع بل هما جناحا الإفساد فيه ـ وقد قلنا فى التمهيد لهذه المسألة إننا بصدد طرح نماذج وأمثلة من واقع الفقه الإسلامى لإعطائها تصورًا فقيا عصريا إن جاز القول ورؤية واقعية من خلال أحداث اليوم فى دنيا الناس وقد إخترت نموذجا لأختم به هذه المقولة وهو سرقة المال العام .

المبحث الثانى
« سرقة المال العام »

أولاً : مبادئ أولية :

قبل الدخول فى تفاصيل ما يتعلق بحكم سرقة المال العام عند الفقهاء أود أن أعرض عدة مبادئ فقهية متفق عليها عند جميع الفقهاء وهى بإيجاز ما يلى :

أولا : أننا قلنا قبل ذلك أن الفقه الإسلامى ليس مجرد قواعد تنظيمية غايتها تنسيق العلاقات بين الناس أو بين الناس والدولة عن طريق الموازنة بين تعارض المصالح وتغليب بعضها على بعض لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية كما هو الشأن فى القانون

(٢٢٨) انظر مغنى المحتاج للشيخ الشربينى ج ٤ ص ١٨٠ وانظر ما كتبه الكمال بن الهمام فى شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٢٢ ط الحلبى ١٣٨٩ هـ .

(٢٢٩) الأحكام السلطانية ص ٢٥٣ مع بعض التصرف اليسير ويقول الإمام ابن تيمية فى الصارم المسلول ـ « إن كل شىء أباح الدم فهو فساد فى الأرض وإن من الفساد ما يوجب القتل وإن لم يكن حرابا » انظر ص ٤٣٦ تحقيق الأستاذ محمد محيى الدين عبد الحميد ط دار الكتب العلمية ببيروت ١٣٩٨ هـ وهكذا فالإفساد فى الأرض جريمة تندرج تحتها كثير من الأفعال ويحضرنى فى هذا المقام مقولة سيدنا عثمان الشهيرة « يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن » وانظر أيضا ما كتبه القرطبى رحمه الله فى تفسير قوله تعالى فى سورة البقرة « الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون فى الأرض أولئك هم الخاسرون » ج ١ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧ .

الوضعى بل هو بالدرجة الأولى فقه تقويمى يعتمد فى قواعده على مصادر سماوية لا يحيد عنها وعلى هداها يقرر أحكامه ليتفق ذلك والعدل والأخلاق والمصلحة العامة .

ثانيًا : أن تصرف ولى أمر المسلمين على رعيته منوط بالمصلحة وأن الشريعة الإسلامية فى سبيل تحقيق العدل والمصلحة العامة وضعت بيد ولى الأمر من غير ما نص عليه سلطات تقديرية واسعة لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها .. لتنظيم مرافق الدولة وتدبير شئونها ورعاية الصالح العام ومن ثم جاز لولى الأمر منع المباح وليس تقييده إذا توقع إفضائه إلى مفسدة عامة كما فعل عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه عند منعه المسلمين من التزوج بالكتابيات فى ظروف معينة رعاية للمصلحة العامة وجاز لولى الأمر أن يحمل من يهمل أرضه على زراعتها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وهو إذ يتدخل فى هذا فلأجل مصلحة الفقير لأن له حقا معلوما فى الزرع فضلا عن المصلحة العامة للبلاد فى تنمية الثروة الوطنية فإذا تقاعس فلولى الأمر أن يؤجرها لغيره يعمل فيها بأجر المثل (٢٣٠) وهذه السلطة التقديرية هى ما يعبر عنه بلغة الفقهاء « بالسياسة الشرعية » (٢٣١) ومن ثم فإن أوامر السلطان المسلم نافذة شرعا ومرعية ولو كانت تتضمن تقييد مطلق أو منع جائز فى الأصل أو ترجيح رأى .. فهى مرجوح مادامت تستند إلى مصلحة حقيقية مقدرة من قبل أهل الاختصاص .

ثالثًا : أن تشريع الحكم بالإذن أو المنع وبالتالى إباحة السلوك أو تحريمه منوط بغلبة المصلحة على المفسدة أو العكس حيث ثبت بالاستقراء أنه لا توجد مصلحة محضة لا تشتمل على مفسدة والعكس صحيح وفى ذلك يقول الإمام الشاطبى « فالمصلحة إذا كانت هى الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة فى حكم الاعتياد فهى المقصودة شرعا ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ليجرى قانونها على أقوم طريق وأهدى سبيل وليكون حصولها أتم وأقرب بنيل المقصود على مقتضى العادات الجارية فى الدنيا فإن تبعها مفسدة أو مشقة فليست بمقصوده فى شرعية ذلك الفعل وطلبه ـ وكذلك المفسدة إذا كانت هى الغالبة بالنظر إلى المصلحة فى حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعا ولأجله وقع النهى ليكون رفعها على أتم وجوه الإمكان العادى فى مثلها حسبا يشهد له كل عقل سليم فإن تبعتها مصلحة أو لذة فليست هى المقصودة بالنهى عن ذلك الفعل بل المقصود ما غلب فى

---

(٢٣٠) انظر فى ذلك كله الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده د / فتحى الدرينى ص ١١٣ ط مؤسسة الرسالة وانظر الطرق الحكمية ص ١٠٧ ، ٢٨٤ وتعليل الأحكام لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٤٣ وما بعدها .

(٢٣١) انظر السياسة الشرعية لابن تيمية والطرق الحكمية وأعلام الموقعين لابن القيم والأحكام السلطانية للماوردى وأبو يعلى والإمامة والسياسة لابن قتيبة وغير ذلك .

المحل وما سوى ذلك ملغى فى مقتضى النهى كما كانت جهة المفسدة ملغاة فى جهة الأمر »(٢٣٢) وهذا يعنى أن الفعل لو تردد حكمه بين الإيجاب والسلب عند أهل الرأى فإن واجب ولى الأمر ترجيح المصالح تشريعا وتنفيذا .

رابعًا : أن ما يميز جرائم السرقة عموما الموجبة للقطع والموجبة للتعزير عن جرائم الغصب من منظور الفقه الإسلامى عنصر الخفاء فى الأولى والمجاهرة والمغالبة فى الثانية وإلا فالمال يحوزه السارق والغاصب فى النهاية فالسرقة فى لغة العرب أخذ مال الغير على وجه الخفية والاستتار فما لا يؤخذ خفية لا يسمى سرقة وقد يعبر العرب عن السرقة فى لغتهم إلى أخذ ما ليس بمال لكنهم لا يجردونها على أى حال عن معنى التخفى لأنه من لوازمها وقد حرص الفقهاء على التمييز بين السرقة وغيرها من صور الاعتداء على المال مثل الاختلاس ـ الذى يعنى عندهم ـ خطف المال بسرعة فى حضرة صاحبه وعلى حين غفلة منه ثم يضربه ومثل الانتهاب ـ الذى يعنى أخذ المال جهرًا وقهرًا ومثل المكابرة وهى أخذ المال مع الجهر والقهر وادعاء ملكيته وقد نقل الدكتور عوض محمد عن عياض قوله : «إن أخذ المال بغير حق على ضروب عشرة حرابة وغيلة وغصب وقهر وخيانة وسرقة واختلاس وخديعة وتعد وجحد »(٢٣٣)

والاعتداء على الحقوق جميعها بعنصر القهر والمجاهرة والغلبة فيه تحدى لسلطان الدولة يستوى فى ذلك من يعتدى على الأعراض كالخطف والاغتصاب أو من يعتدى على الأموال خاصة وعامة كما يستوى أن يكون فردًا أو جماعة فالمحصلة فى النهاية إفساد فى الأرض يحتم على ولى الأمر أن يطبق عقوبة المفسدين فى الأرض عليهم ـ ولا فرق عندى بين من يروع الناس بالسرقة المسلحة فى المصر أو خارج المصر وبين من يغش الناس فى طعامهم أو ييسر لهم سبل الدعارة ويفتح لهم قنوات الفضيحة أو يروج لهم المخدرات .. إلخ هذه الصور التى استشرت ودبت فى أوصال الأمة الإسلامية على امتداد رقعتها حتى أصبحت أصلاً من الأصول التى يعيش الناس عليها فى ذلك الزمان . كما أنه يجب على ولى الأمر أن يضيق ما أمكن وفى حدود ما يراه أهل الإختصاص مصلحة من تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات «خاصة فى حد الإفساد فى الأرض» السرقة الكبرى أو الحرابة بمفهومها السابق عرضه ـ لأننى لا أخال يقينا أن هذه القاعدة هدفها التشريعى ضياع حق أو ظلم

---

(٢٣٢) انظر الموافقات ج ٢ ص ٢٦ ـ ٢٧ والاعتصام للإمام الشاطبى أيضًا ج ٢ ص ١١٠ وما بعدها والمستصفى للغزالى ج ١ ص ١٤٢ وما بعدها وأصول الفقه للشيخ الأستاذ محمد الخضرى ص ٥٧ ط المكتبة التجارية الكبرى بدون تاريخ .

(٢٣٣) دراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى ص ٢١٧ وراجع البهجة فى شرح التحفة ج ٢ باب السرقة .

رعية لأن درء الحد بالشبهة إذا إنبنى عليه ضياع حق أو ظلم رعية جاف العدل ولا يكون ثمة شرع الله وسواء أكانت الحدود جوابر أو زواجر فإن عايتها فى النهاية إقرار مبدأ العدل بين الناس وهذه أولى وظائف الدولة المسلمة ـ بل إن ولى الأمر يملك من الناحية الفنية ـ فى تقديرنا ـ قنوات دستورية متعددة مناطها القضاء على ظاهرة الإفساد فى الأرض قلة ـ بل من واجبه أن يلجأ إلى العقوبة البدنية المناسبة أو غيرها من العقوبات سياسة أو تعزيراً إذا اعترض مسيرة تضييق قاعدة درء الحدود بالشبهات معترض ومن ثم تنفرج أزمة المسلمين المعاصرة .. فيتفرغون للبناء المتكامل بعد أن يقضون على محاضن تفريخ الفساد فى بلادهم والقول بغير هذا ثرثرة فقهية لا أصل لها .

خامسًا : يكون المال غير مملوك عندما لا ينشأ عليه حق ملكية لأحد من الناس ومن ثم لا قيد على يد من يستولى على المال المباح ـ بل إن هذا الاستيلاء يمثل سبب الملكية لأنه مباشرة لأسباب التملك بنص الحديث النبوى فإذا ما أضفنا إلى ذلك ما يتعلق بإحياء الموات فى الفقه الإسلامى وجدنا فلسفة تشريعية رائعة غايتها رفاهية .. وسعادة الناس جميعًا ـ كما أن الأموال التى تئول من ملكية الآحاد إلى ملكية الدولة ـ أو يكون للدولة عليها الولاية فإنها لا تعطى فيها ملكا خاصا بل تبقى على حكم الملكية العامة لا يعطيها الإمام أحدا من الناس وإن أقطعها لأحد من الناس يكون إقطاع منفعة لا إقطاع رقبة تنزيهًا للمال العام وحماية له ليؤدى دوره فى خدمة المجتمع ومن المعروف أن أول أرض استولى عليها المسلمون بعد الهجرة كانت أرض بنى النضير بل إن ما أخذ من بنى النضير من عقار أو منقول بقى محبوسًا على فقراء المهاجرين والأنصار أين هذا من نهب واستحلال المال العام وغصبه (٢٣٤) .

ثانيًا : «آراء الفقهاء فى سرقة المال العام» :

المال العام هو ما تملكه الأمة الإسلامية من مال مطلق لا قصور فى ماليته ولا شبهة بمعنى أن يكون مما يتموله الناس ويعدونه مالا لأن ذلك يشعر بعزته وخطره أما مالا يتمولونه فهو تافه حقير لا يدخل فى عداد المالية العامة والخاصة وقد روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت [لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه] وهذا منها بيان شرع متقرر كما أن التفاهة تخل فى الحرز لأن .. التافه لا يحرز عادة أو

---

(٢٣٤) انظر ما كتبه علماء التفسير حول قوله تعالى فى سورة الحشر « وما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... إلخ » القرطبى ج ١٨ ص ١٢ وما بعدها وأحكام القرآن لابن الصحاح ج ٤ ص ١٧٧١ وما بعدها وانظر بحثنا الإنسان وعلاقته بالمال .

لا يحرز إحراز الخطر والحرز المطلق شرط للقطع فى الفقه الإسلامى [٢٣٥] .

والقطع ثابت فى الفقه الإسلامى على من سرق من مال خاص واكتملت للجريمة أركانها أو شروطها ـ لكن هل لو سرق من مال عام يكون عليه قطع أجاب عن ذلك الفقهاء بما يلى من آراء :

الرأى الأول : ويمثله الشافعية والأحناف والحنابلة وهم يرون أن السارق من بيت المال أو المغنم لا تطبق عليه عقوبة القطع حتى عند إستيفاء كل أركان وشروط جريمة السرقة لأن له فى المال حقا وهذا الحق يمثل شبهة تدرأ بها عقوبة حد السرقة « القطع » وقد ركن هذا الرأى إلى أدلة كثيرة منها ما أورده ابن مفلح من علماء الحنابلة فى رواية عن ابن عباس رضى الله عنهما أن عبدًا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال « مال الله سرق بعضه بعضا » [٢٣٦] وكذلك يستند هذا الرأى بما روى عن الإمام على رضى الله عنه من أنه لم يقطع رجلا سرق من الغنيمة وكذلك فعل عمر رضى الله عنه عندما سأله سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه عن رجل سرق من بيت المال فأجابه عمر لا قطع عليه لأن له فيه نصيبًا [٢٣٧] .

الرأى الثانى : وبه قال المالكية والظاهرية ومضمونه أن سارق المال العام يطبق عليه حد السرقة إذا بلغ ما سرقه نصابًا وتوافرت أركان الجريمة وشروطها فى حقه فإذا وقعت السرقة من عدة أشخاص فالأصل أنهم لا يقطعون جميعا إلا إذا بلغت قيمة ما أخرجوه أنصبة يعادل مجموعها مجموعهم وليس من الضرورى لقطع كل منهم أن يكون قد أخرج نصابًا كاملاً فقد يخرج بعضهم أقل من ذلك بل قد يكون بعضهم عاجزًا عن حمل أكثر من ذلك [٢٣٨] والمالكية يوجبون قطع الجماعة بسرقة نصاب واحد فى حالين :

الأول : إذا تعاون الجميع فى حمل المال واخراجه من حرزه حيث المسروق لا يمكن إخراجه من حرزه إلا بتعاونهم جميعًا أما إذا كان باستطاعة أحدهم أن يخرجه بمفرده ومع ذلك تعاونوا على حمله وإخراجه فلا قطع عليهم إلا إذا بلغت قيمته أنصبة مساوية

---

(٢٣٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ ولسنا فى موضع بيان ما يتعلق بكل جريمة السرقة من أبعاد .

(٢٣٦) المبدع فى شرح المقنع ج ٩ ص ١٣٤ ط المكتب الإسلامى ببيروت أولى ١٣٩٩ هـ ولم أظفر فيما قرأت عن تخريج للنص .

(٢٣٧) المصدر السابق ص ١٣٤ وانظر المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢٨١ ومغنى المحتاج للشربينى ج ٤ ص ١٦٣ والبدائع ح ٧ ص ٦٦ والمحلى ج ١١ ص ٣٢٧ مسألة رقم ٢٢٦٤ وفى أصول النظام الجنائى الإسلامى للباحث د / محمد سليم العوا ص ١٧٤ .

(٢٣٨) انظر ما كتبه ا ـ د عوض محمد تعليقًا على أحكام المساهمة فى السرقة فى التشريع الليبى ص ٢٠٩ وما بعدها من دراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى .

لعددهم ومناط الحكم فى ذلك هو واقع الحال بمعنى أن المال إذا كان فى مقدور الرجل الواحد إخراجه بمفرده لكنهم كانوا من الضعف بحيث لا يطيق أحدهم أن يحمله بمفرده فتعاونوا فى الحمل معًا وجب قطعهم جميعًا ولو كانت قيمة المال لا تساوى غير نصاب واحد(٢٣٩) وفى ذلك يقول صاحب الشرح الصغير [وإن إلتقيا أى الداخل فى الحرز والخارج عنه بأيديهما وسط النقب أى فى أثنائه فأخرج الخارج الشىء بمناولة الداخل أو ربطه الداخل بحبل ونحوه فجذبه الخارج عن الحرز قطعا معا فى المسألتين ومن جعل على ظهر غيره فى الحرز شيئًا فخرج به ولولا الجاعل ما قدر على حمله فيقطعان](٢٤٠) .

الثانى : إذا تعاون الجميع فى دفع المال على كاهل أحدهم أو على ظهره فخرج به – كما أورد صاحب الشرح الصغير فيما ذكرنا آنفًا(٢٤١) وبالمثل لو تعاونوا فى دفع المال على سيارة أو دابة أو كل ما يحمل المال – والحق أن هذا جميل من المالكية لوقوعه موقع الدواء من الداء لأن أكثر صور سرقة المال العام جماعية التخطيط والتنفيذ والحيازة وفى ذلك ردع وزجر أما الظاهرية – فقد عقد صاحب المحلى لهذه المسألة عنوان [مسائل فيمن سرق من بيت المال أو من الغنيمة](٢٤٢) . ناقش فيها الرأى الأول – الذى يرى عدم القطع لمن يسرق من بيت المال – حيث ذكر حجته وقام بالرد عليها بما يفيد أن السارق من بيت المال أو المغنم وإن كان له نصيبًا مشاعًا فى المال المسروق فهذا لا يمثل حجة فى إسقاط حد الله تعالى حيث لا سند فى إباحة هذا الفعل من القرآن أو السنة أو الإجماع كما أن سارق المال العام وإن كان له فى بيت المال وفى المغنم نصيب إلا أن هذا لا يبيح له أخذ نصيب غيره لأنه حرام بإجماع لا خلاف فيه ويعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل وإذا كان نصيب شريكه فى المال العام عليه حرام فلا فرق بين سرقته إياه وبين سرقته من أجنبى ومن المعروف أن الحرام إذا إمتزج بالحلال صار الكل حرامًا كالخمر مع الماء ولحم الخنزير مع اللحم الذكى – إلى أن يقول ما نصه «فلما لم نجد فى المنع من قطع من سرق من المغنم أو من الخمس أو من بيت المال حجة أصلاً لا من قرآن ولا سنة ولا إجماع وجب أن ننظر فى القول الآخر فوجدنا الله تعالى يقول : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا

---

(٢٣٩) أنظر تعليق الحاوى على بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير ج ٦ ص ٣٤ وما بعدها .

(٢٤٠) الشرح الصغير ج ٦ ص ٢١٠ – ٢١١ .

(٢٤١) الشرح الصغير ج ٦ ص ٢١٠ – ٢١١ والشافعى يوافق أستاذه الإمام مالك رضى الله عنهما فيما إذا سرقت الجماعة نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا على سبيل التعاون بأن يخرجوا النصاب من الحرز معا فى أنهم يقطعون جميعًا لكن الإمام الشافعى لا يعمم هذا الحكم على سرقة المال العام وبمثل قول الشافعى قال الإمام أحمد وأبو ثور بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤٩ .

(٢٤٢) المحلى ج ١١ ص ٣٢٧ مسألة رقم ٢٢٦٤ .

نكالا من الله» ووجدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أوجب القطع على السارق جملة ولم يخص الله تعالى ولا رسوله عليه السلام سارقًا من بيت المال من غيره ولا سارقًا من المغنم ولا سارقًا من مال له فيه نصيب من غيره [وما كان ربك نسيا] ولو أن الله تعالى أراد ذلك لما أغفله ولا أهمله»[٢٤٣] .

ثالثًا : «الرأى فى هذه المسألة» :

ليس ثمة جدال فى أننا نؤيد وبقوة ـ ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى تخريجًا على ما يلى :

أولاً : إن سرقة المال العام منفردًا أو من خلال تكوين عصابات لسرقته لا من أجل الضرورة والحاجة مع توافر ركن السرقة كما يعبر الفقهاء ـ أعنى أخذ مال الدولة على سبيل الخفية وهذا واقع حيث سارق عينها «أجهزتها المختصة بحماية المال العام» من قبيل أخذ المال فى مكان لا يلحق صاحبه الغوث ويطلب غفلة من إلتزم بحفظ ذلك المال وهو السلطان يمثل إفساداً فى الأرض وليس لهذا الجرم وصف آخر غير الإفساد ـ من يقول بغير هذا يجافى العدل ذلك أن ركن الخفاء والتستر توافر فى الإثنين معًا فالجانى عند سرقة المال الخاص تستر عن عين صاحبه وهو عند سرقة المال العام تستر عن عين السلطان ألا يعد ذلك من قبيل إسقاط حق السارق فى المال العام شيوعا ومن ثم إسقاط شبهة درء الحد لا سيا وأن الباعث على الجناية هدفه التربح لا الضرورة والحاجة وأن درء الحد يكون بالشبهة المحتملة لا مطلق الشبهة[٢٤٤] .

ثانيًا : لا يعنى ما سبق الخلط بين ماهية السرقة الصغرى والكبرى من الناحية الفنية وإنما يعنى البحث الجاد عن غاية التشريع وهدفه كما لا يعنى أيضًا عدم إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات المأخوذة من النص النبوى الكريم وإنما يعنى أن النص إن جاء مطلقًا عامًا وكان العمل بهذا الإطلاق والعموم خلاف المصلحة .. فالعمل بالمصلحة مطلوب لأنه غاية الشرع وإن أدى إلى تقييد النص أو ترك لظاهره ولنا أسوة حسنة فى مسلك الصحابة والتابعين رضى الله عنهم حيث فعلوا ذلك فى أمور كثيرة متعددة[٢٤٥] منها على سبيل المثال ما أورده صاحب المنتق وشارحه عن مالك فى الموطأ مرويا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن

---

(٢٤٣) المصدر السابق ص ٣٢٨ .

(٢٤٤) انظر نيل الأوطار شرح المنتق ج ٧ ص ٢٧٢ .

(٢٤٥) أورد منها الكثير أستاذنا أطال الله عمره محمد مصطفى شلبى انظر تعليل الأحكام ص ٧٤ وما بعدها .

مسلمة فأبى محمد فقال الضحاك لم تمنعنى وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخرًا ولا يضرك . فأبى ـ فكلم فيه الضحاك عمر رضى الله عنه فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فأبى ـ فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشرب به أولاً وآخرًا وهو لا يضرك ـ فقال محمد ـ لا والله ! فقال عمر : والله ليمرّن ولو على بطنك ! فأمره عمر أن يجريه ففعل الضحّاك .

وهنا نرى عمر رضى الله عنه نظر فى حكمه إلى المصلحة لأنها نفع محض لا ضرر فيها على صاحب المال وإن خالف قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس »(٢٤٦) ويعلق على ذلك أستاذنا محمد مصطفى شلبى بقوله « ولعله استثناه منه أو حمل النص على غير هذا وإن كان عاما فى لفظه حمله على ما إذا كان يلحق صاحب المال ضررًا أو لا نفع له فيه »(٢٤٧) .

ومن الأمثلة على ذلك أيضًا ما أفتى به سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار بأن المرأة المتوفى عنها زوجها .. إذا خشيت على بصرها من رمد أصابها فإن لها أن تكتحل وتتداوى بدواء الكحل وإن كان فيه طيب كما رواه مالك فى الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك أهل المرأة التى اشتكت عينها فى العدة وقال لا مرتين أو ثلاثا فظاهر النص يدل على عدم الإباحة وإن خافت المرأة الضرر بينما من .. عالج المسألة فهم من كلام سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يقصد ذلك أو قصده وإن كان فيه ضرر لتلك المرأة لدفع مفسدة أعظم من هذا وهى التجمل المؤدى إلى رغبة الخطّاب فيها أو إلى شىء آخر وعملوا بالمصلحة وخصصوا النص بها مستندين إلى أدلة نفى الحرج(٢٤٨) .

فهلّا صح العزم من أهل الاختصاص وأصدروا من التشريع ما فيه نفع محض للعباد والبلاد حتى وإن كان فيه تقييد للنص أو ترك لظاهره .

ثالثًا : إن سرقة المال العام اقترنت فى أغلب الأحوال بأمرين هما :

١ ـ جماعية التخطيط والتنفيذ لاقتناص هذا المال والحصول عليه بكل الوسائل وبصفة تقترب من التتابع الخطر حيث تعلن الأجهزة المختصة عن ضبط عصابة فيقرع أسماعنا ضبط أخرى غيرها وهكذا استشرى الاعتداء على المال العام فخرب أو كاد أن يخرب الاقتصاد القومى للأمة .

٢ ـ إن من يفترض فيه حراسة وحماية هذا المال ـ هو بنفسه مع غيره أول من يعتدى عليه

---

(٢٤٦) المنتقى ج ٦ ص ٤٥ .

(٢٤٧) تعليل الأحكام ص ٧٨ .

(٢٤٨) المصدر السابق ص ٧٧ وانظر نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٦ .

فالملاحظ أن سرقة المال العام بطلها ـ موظف عام متمرس متفنن ـ ولربما يقدّر سلفا مقدار ما يقع عليه من عقاب فيما لو انكشف أمره ويستهين به على أمل أن يقضى ما بقى من عمر بعد إنقضاء العقوبة ـ إن امتد عمره منعّما بهذا المال الحرام الذى يتفنن فى إخفائه عن عين السلطة كما تفنن فى سرقته[٢٤٩] .

وما سبق قوله ـ أمر يدعو إلى مواجهة قوية من قبل السلطات المعنية وهى مواجهة دستورية مقننة تجمع بتعبير الإمام الغزالى بين الشرع المنقول والحق المعقول تتمثل فى تطبيق حد السرقة أو عقوبة بديلة صادقة أكثر نفعًا وأجدى مصلحة لا سيا وأن الجهات القائمة على تطبيق قانون العقوبات فى مصر الآن أدركت خطورة ظاهرة الاعتداء على المال العام فطالبت بتطبيق حد السرقة حماية له أثناء المرافعة فى دعوى منظورة الآن أمام القضاء وقد نقل د / محمد سليم العوا فقرات من هذه المرافعة المنشورة فى إحدى الصحف المصرية .

رابعًا : إن أكثر الفقهاء الذين نادوا بعدم قطع سارق المال العام ربطوا بين السرقة والحاجة الماسة للمال من قبل السارق بمعنى أنه إذا لم يكن للسارق حاجة أو ضرورة للمال إرتفع حكم المال العام إلى حكم المال الخاص .. وأسبغ على ما قام به السارق صفة الحدية وهذا صاحب المهذب يقول ما نصه « وإن سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لأن له فيه حقًا وإن سرق منها غنى قطع لأنه لا حق له فيها »[٢٥٠] والعلامة ابن قدامه من فقهاء الحنابلة له رأى يقترب مما قاله صاحب المهذب ـ حيث يرى أنه يجب قطع من يسرق عينا موقوفة مع أن منفعة هذه العين لكافة الموقوف عليهم مما ينزع بطبيعتها من الاقتراب من المال العام[٢٥١] وصاحب زاد المحتاج يقول فى هذا «ومن سرق مال بيت المال إن فرز لطائفة ليس هو منهم قطع وإلا فالأصح أنه إن كان له حق فى المسروق كمال .. مصالح وكصدقة وهو فقير فلا وإلا قطع »[٢٥٢] .

ونحن لا نقول أكثر من هذا الآن سرقة المحتاج وصاحب الضرورة من بيت المال أمر لا تثريب عليه عقابا حديا أو غير حدى إن ثبت ضرورة المسروق للسارق قال تعالى فى سورة

---

(٢٤٩) أتفق تمامًا فى الرأى مع ما ذكره د / محمد سليم العوا عن عدم موافقته على ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية لمشروع تعديل قانون العقوبات المصرى الذى تقدم به د / إسماعيل معتوق والتى تضمنت أن من سرق مالاً مملوكًا للدولة لا يعاقب باعتبارها بيت مال المسلمين وكذلك ما أبداه من رأى حول مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر والذى تضمن سقوط الحد إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة فى أثناء العمل فيها ما لم يكن المسروق محرزًا ـ فى أصول النظام الجنائى الإسلامى ص ١٧٥ .

(٢٥٠) ج ٢ ص ٢٨١ ط عيسى الحلبى بدون تاريخ .

(٢٥١) المغنى ج ٨ ص ٢٤٨ .

(٢٥٢) زاد المحتاج للكوهجى ج ٤ ص ٢٢٤ ط دولة قطر .

البقرة : «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»(٢٥٣) .

خامسًا : إن طبيعة العلاقة بين المال العام وسارقه ـ أغلب الأحيان ـ تمكّنه من الحصول عليه دون أن يعلم أحد وفى ظل ثقة السلطة به باعتباره موظفًا عامًا أنيط به واجب حماية هذا المال وإذ به يعطى الناس وأجهزه الدولة المختصة مظهرًا خارجيًا يبرق خداعًا فإذا ما ثبت عليه سرقة المال العام فهذا يعنى أمرين هما :

١ ـ إن هذه فى أغلب الأحيان ليست المرة الأولى التى يوظف طاقاته وعلاقاته ـ غالبًا ـ فى سرقة هذا المال وهذا يعنى أن سجله حافل بالإفساد فى الأرض وتخريب الاقتصاد دون علم أحد من البشر عدا من شاركه فى جرمه وهذا يدعونا إلى تشديد العقاب أو التوسع فى التهديد بإيقاعه ليكون زاجرًا جابرًا فى وقت واحد .

٢ ـ لا أرى غضاضة فى ترك ظاهر النص القاضى بدرء الحدود بالشبهات ـ لو كانت ـ وإنفاذ عقوبة الحد حيث ينبنى عليها إقتلاع جذور الفساد من الأرض ـ بل إننى لا أشك لحظة فى أن سادتنا من أهل العلم السابقين أمثال الفقيه ابن قدامه والسرخسى وابن عابدين وصاحب كشّاف القناع .. إلخ لو عاصروا فى حياتهم ما نراه اليوم من جرائم الاعتداء على المال العام ما اختلفوا إطلاقًا على ما قاله الإمام ابن حزم وفقهاء المالكية السابق عرضه بل إننا نرى من فعل الصحابة رضى الله عنهم ما يسقط الشبهة إذا كان فى ذلك مصلحة ـ وهو أمر يضاف لحسابات من قال بإسقاط قاعدة درء الحدود بالشبهات عند سرقة المال العام ـ ومن ذلك ـ ما أورده الفقيه صاحب المبسوط ونصه كما يلى : [ذكر عن ابن عمر رضى الله عنهما قال ـ أضاف أبو بكر الصديق رضى الله عنه أقطع اليد والرجل فكان يصلى بالليل فقال له أبو بكر رضى الله عنه من قطعك ؟ ـ فقال يعلى بن أمية باليمن قال أبو بكر رضى الله عنه ماليلك بليل سارق ثم أغار على حلى لأسماء فسرقه ثم أصبح يدعو مع القوم حلى من سرق أهل البيت الصالح وفى رواية كان يقول اللهم أظهر فلم يقم القوم حتى أتى بصائغ بالمدينة عنده الحلى فقال أتانى به هذا الأقطع واعترف فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه لعزته بالله أعز على من سرقته وفى رواية ما أجهلك بالله فقال عمر رضى الله عنه والله لا أبرح حتى يقطع فقطعت يده اليسرى»(٢٥٤) .

ووجه الدلالة مما ذكره صاحب المبسوط أن الرأى الفقهى الذى يرى أن السارق من

---

(٢٥٣) يراجع نظرية الضرورة لأستاذنا يوسف قاسم .

(٢٥٤) انظر المبسوط ج ٩ ص ١٤١ ط إستانبول دار الدعوة .

بيت المال أو المغنم لا قطع عليه لأن له فى المال حقًا فأصبح ذلك شبهة يدرأ بها عنه حد السرقة ـ أضاف إلى ذلك صورًا كثيرة لهذه الشبهة التى يدرأ بها حد القطع ومنها شبهة الدخول فى الحرز مثل الضيف إذا سرق من بيت المضيف فإنه لا يقطع حيث أذن له بالدخول فى الحرز[٢٥٥] ـ وفى ذلك يقول العلامة الكاسانى ما نصه «ولو أذن لإنسان بالدخول فى داره فسرق المأذون له بالدخول شيئا منها لم يقطع وإن كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائمًا عليه لأن الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من أن تكون حرزًا بالإذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولأنه لما أذن له بالدخول فقد صار فى حكم أهل الدار فإذا أخذ شيئًا فهو خائن»[٢٥٦] .

وهذا يعنى أن فعل الصحابة رضوان الله عليهم فيه عدول عن قاعدة درء الحدود بالشبهات إذا ما وجد داع لهذا العدول فى المال الخاص ومن باب أولى يكون العدول فى المال العام وما أكثر الدواع الملحة لنا الآن قبل الغد ولعل الداع هنا هو خسيسة نفس السارق وإظهاره خلاف ما يبطنه فجمع بين السوأتين كما أنه اعتاد الجريمة لقطعه .

سادسًا : لا خلاف بين الجميع فى أن فلسفة شرعية حد السرقة تعنى حماية المال حتى لا يقع عليه ضرر ـ وإذا كان ذلك كذلك فأيهما ـ أقصد المالين ـ أجدر بالحماية بل أيهما عند الاعتداء عليه يكون أكثر ضررًا .. أفلا يمكن هناك أن نقول مقالة الفقهاء جميعًا إن الضرر يدفع شرعًا فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً وإلا فيتوسل .. لدفعه بالقدر الممكن أو الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[٢٥٧] لأنه لا خلاف فى أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ـ وما أجدر قول المالكية عليهم رضوان الله ـ بأن سرقة بيت المال توجب القطع إن استوفت .. شروطها حتى وإن لم يكن منتظمًا كما أن ظاهر كلام الفقيه خليل أحد فقهائهم[٢٥٨] أن السارق من الغنيمة يقطع مطلقًا[٢٥٩] .

ومما يعضد من قولنا ويشد من أزره أنه من المعروف إذا انتفى شرط التخفى سقط وصف السرقة شرعًا عن الفعل المرتكب ولو كان الجانى قد هتك الحرز وأخذ منه ما يقطع فى مثله

(٢٥٥) المصدر السابق ص ١٤١ وغيره مما كتبه الفقهاء عند حديثهم عن ماهية الحرز .

(٢٥٦) البدائع ج ٧ ص ٧٣ ـ ٧٤ .

(٢٥٧) انظر القواعد المندرجة تحت قاعدة لا ضرر ولا ضرار فى أشباه السيوطى وابن نجيم ص ٨٧ ، ٨٩ .

(٢٥٨) هو خليل ابن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندى فقيه محقق كان يلبس زى الجند تعلم فى القاهرة وولى الإفتاء على مذهب الإمام مالك جاور بمكة وتوفى بالطاعون من تصانيفه المختصر وهو عمدة المالكية فى الفقه وعليه تدور غالب شروحهم وشرح جامع الأمهات شرح به مختصر ابن الحاجب وسماه التوضيح انظر الأعلام ج ٢ ص ٣٦٤ .

(٢٥٩) الشرح الصغير ج ٦ ص ١٩٩ ط عيسى الحلبى .

وعندئذ يسبغ على الفعل مسمى الاختلاس لا مسمى السرقة[٢٦٠] ومع ذلك كان إياس بن معاوية يوجب القطع مع أن جابر رضى الله عنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله : «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»[٢٦١] .

وهذا كما نرى ترك لظاهر النص أو تقييد له أخذاً بالمصلحة والحق كله معه فيما ذهب إليه حيث لا يصلح الناس .. إلا هذا فى زمن إياس فما بالنا اليوم[٢٦٢] .

أخيرًا لعل الذين رأوا ـ وبحق ـ قطع سارق المال العام نظروا أساسًا إلى الضرر الناجم عن فعل السرقة الذى تجاوز دائرة ضيقة «المال الخاص» إلى دائرة أكثر إتساعًا «المال العام» ومن ثم يكون الضرر أشد على الجماعة والجزاء من جنس العمل بل إننا نرى أن كافة صور العدوان على المال العام يجب أن تحظى بالأهمية المطلوبة من المشرع فى تشديد العقاب ـ ولا يقال عن ذلك نزعة تشدد إنما يقال إن الأمة فى مسيس الحاجة لإبراز مقاصد الشرع الحقيقية .

وبعد :

فما سبق عرضه إجتهاداً خالصاً لوجهه الكريم جعل الشرع الإسلامى من منظور موازين القوى التشريعية أدق حكما وأعظم حجة .. وأنصع بيانا ولعل الغواش التى رانت على أفئدة من يصف هذا الشرع بأنه ليس فيه إلا القطع والرجم والجلد قد إنقشعت وصدق الله القائل [ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور] وصلى اللهم على سيدى أشرف الخلق وعلى آله وأصحابه إلى يوم الدين والحمد لله رب العالمين .

---

(٢٦٠) المختلس هو من يخطف المال على غرة فى حضرة صاحبه ثم يهرب به فسادًا .

(٢٦١) رواه الخمسة وصححه الترمذى انظر نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠٤ .

(٢٦٢) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ٥٤٦ ط ثانية ١٤٠٣ هـ .



المحتويات

« الباب الأول »

« الباب الثانى »



رقم الإيداع : ٢٦٣٣ / ١٩٩١
الترقيم الدولى : ٤ ـ ٠٠٥٢ ـ ٠٩ ـ ٩٧٧

مطابع الشروق

القاهرة ١٦ شارع جواد حسني - هاتف ٣٩٣٤٥٧٨ - ٣٩٣٤٨١٤

بيروت ص ب ٨٠٦٤ - هاتف ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٧٦٥ - ٨١٧٢١٣



